

Die Gebietsregelung der öffentlichen Energieversorgung mit Elektrizität und Gas als Staatsaufgabe

vorgelegt von
Werner Pöhlmann
aus München

*Diss. Erlangen
1984*

1984 № 232

Die Gebietsregelung der öffentlichen Energieversorgung
mit Elektrizität und Gas als Staatsaufgabe

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Werner Pöhlmann
aus München

Referent:

Professor Dr. Richard Bartlsperger

Amtierender Dekan:

Professor Dr. Max Vollkommer

Tag der mündlichen Doktorprüfung:

7. Mai 1984

I n h a l t s ü b e r s i c h t

	Seite
Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	XII
Literaturverzeichnis	XVII
A. Aufgabenstellung und Problemübersicht.....	1
B. Das überkommene ordnungspolitische Energie- verteilungssystem	4
I. Privatvertragliches Demarkationssystem	6
II. Konzessionsvertragliche Folgeregelungen	7
III. Konzeption des Energiewirtschaftsgesetzes bezüglich der Gebietsregelung (Entstehungs- geschichte, Energieaufsicht, prozessuale Probleme)	10
IV. Weitere Säulen des bestehenden Systems (Straßenrecht, Wettbewerbsrecht, Enteig- nungsrecht).....	25
V. Zwischenbilanz	33
C. Öffentlichrechtliche Regelungskompetenz der Kommunen für Energieverteilung und Versorgungsge- bietsbestimmung	33
I. Energieversorgung als Staatsaufgabe	33
II. Energieversorgung als kommunale Aufgabe (Art. 28 Abs. 2 GG)	38
D. Konzessionsmodelle, rechtskonstruktive Möglich- keiten und Grenzen der Gebietsregelung, Formen staatlicher Reglementierung, Neuordnung der Kon- zessionsvergabe	63
I. Erfüllung von Staatsaufgaben durch Private	63
II. Zukünftige Ausgestaltung hoheitlicher Gebiets- regulierung (neues Energieversorgungsgesetz).....	74
E. Das Straßenbenutzungsrecht für private Energiever- sorgungsleitungen in neuer Sicht	123

I. Derzeitige Rechtslage	123
II. Das Straßenbenutzungssystem für Leitungsverle- gungen nach dem neuen System.....	127
III. Die Lösung des Folgekostenproblems.....	146
F. Enteignungsfragen	161
G. Zusammenfassung	163

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	X
Literaturverzeichnis	XXV
A. Aufgabenstellung und Problemübersicht	1
B. Das überkommene ordnungspolitische Energieverteilungssystem	4
I. Privatvertragliches Demarkationssystem	6
1. Demarkationsverträge	6
a) Horizontale Gebietsabsprachen	6
b) Vertikale Gebietsabsprachen	6
2. Ordnungspolitische Problematik	7
II. Konzessionsvertragliche Folgeregelnungen	7
1. Die Praxis der Konzessionsverträge als Verwaltungsinstitution	7
2. Vollzugsgeschäfte für Demarkationen	8
III. Konzeption des Energiewirtschaftsgesetzes bezüglich der Gebietsregelung	10
1. Historisch zufällige Entstehung 1935	10
a) Entwicklung der Elektrizitätswirtschaft	10
b) Die Neuordnung der Energiewirtschaft seit 1933	12
c) Der Korporationsgedanke und sein Einfluß auf das Energiewirtschaftsgesetz	13
d) Die Situation der Kommunen bis zum Erlaß des Energiewirtschaftsgesetzes	14
2. Die Energieaufsicht	17
a) Der Inhalt der Staatsaufsicht	17
b) Das Wesen der Aufsicht	18
c) Die Indifferenz der Aufsicht gegenüber der Gebietsregelung	20

	Seite
d) Kommunale Selbstverwaltung und Energieaufsicht	21
e) Das Verhältnis von Versorgungs- sicherheit und Gebietsgestaltung	23
3. Fehlende Vorrangregelung bei Vertrags- kollision	23
a) Die Gesetzeslücke für Kollisionsfälle	23
b) Prozessuale Probleme	24
IV. Weitere Säulen des bestehenden Systems	25
1. Straßenrecht als traditioneller An- knüpfungspunkt für die Einräumung von Versorgungsrechten	25
a) Die dualistische Konstruktion der geltenden Straßengesetze	25
b) Leitungsverlegung und Sondernutzungs- erlaubnis	26
aa) Der Hintergrund des Privatrechts- vorbehalts nach § 8 Abs. 10 FStrG	26
bb) Voraussetzungen der privatrechtlichen Wegebenutzungs Erlaubnis	27
c) Die Systemschwäche der gegenwärtigen Straßengesetze	27
aa) Fehlende Rationalität des Privatrechtsvorbehalts	27
bb) Die Inanspruchnahme der Straße als Verwaltungsleistung	28
cc) Zusammenfassung	30
d) Die Folgekostenproblematik	31
2. Das Wettbewerbsrecht	31
3. Das Enteignungsrecht	32
V. Zwischenbilanz	33

C. Öffentlichrechtliche Regelungskompetenz der Kommunen für Energieverteilung und Versorgungsgebietsbestimmung	33
I. Energieversorgung als Staatsaufgabe	33
1. Staatsaufgabe	33
a) Die Staatsaufgabenlehre	33
b) Die kompetenzrechtliche Problematik	36
2. Versorgungsgebietssteuerung im gesamt- wirtschaftlichen Zusammenhang	38
II. Energieversorgung als kommunale Aufgabe	38
1. Gemeindliches Selbstverwaltungsrecht und energiewirtschaftliche Gewährleistungs- kompetenz	38
a) Die Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung	38
b) Energieversorgung und schwerpunktmäßig örtlicher Bezug	43
c) Gesetzliche Reglementierung des kommunalen Aufgabenbereichs	44
d) Der Begriff der Daseinsvorsorge	47
e) Die Grenzen des Gesetzesvorbehalts aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG	48
2. Energieversorgung und örtliche Gemeinschaft	50
a) Definition der örtlichen Angelegenheiten	50
b) Örtliche Energieverteilung	50
c) Die kommunale Entscheidungskompetenz	51
3. Energieverteilung erfordert Versorgungs- gebietsbeeinflussung	52
a) Die Polyfunktionalität der Konzessions- verträge	52
b) Die Konzessionsverträge als Elemente aktiver Wirtschaftsförderung	52
c) Örtliches Planungsrecht und Energie- verteilung	53

d) Steuerliche Erleichterungen und Strukturverbesserungen	55
e) Problem Rechtsnachfolge	56
4. Versorgungsgebietsvergabe und wirtschaftliche Betätigung	56
5. Verfassungsrechtliche und gesetzliche Bindungen der öffentlichen Hand	60
a) Die zivilrechtlichen Schranken der §§ 138, 242, 826 BGB de lege lata	60
b) Die verfassungsrechtlichen Schranken	60
D. Konzessionsmodelle, rechtskonstruktive Möglichkeiten und Grenzen der Gebietsregelung, Formen staatlicher Reglementierung, Neuordnung der Konzessionsvergabe	63
I. Erfüllung von Staatsaufgaben durch Private	63
1. Allgemeine Handlungsalternativen und Steuerungsmechanismen	63
a) Die Beleihung Privater	64
b) Die wirtschaftsrechtliche Konzession	67
c) Die staatlich gebundenen Berufe	67
d) Das Modell der öffentlichen Wirtschaftseinheiten in privater Hand	67
e) Indienstnahme, Verwaltungshilfe bzw. Mediatisierung Privater	68
f) Das staatsentlastende Privathandeln	69
g) Die nutzungsverleihende Konzession und die Auftragsvergabe	69
2. Geeignete Mittel für die Gebietssteuerung	70
a) Vergesellschaftung der Energiewirtschaft bzw. des Leitungsnetzes	70
b) Die staatliche Gebietskonzession	72
c) Die Verstärkung fachaufsichtlicher Befugnisse	72
d) Die Beteiligung der Kommunalaufsicht an der Energieaufsicht	73

e) Gebietssteuerung und schwerpunktmäßig kommunalrechtliche Entscheidung	74
II. Zukünftige Ausgestaltung hoheitlicher Gebietsregulierung (neues Energieversorgungsgesetz)	74
1. Erforderlichkeit umfassender gesetzlicher öffentlichrechtlicher Regelung	75
a) Das Selbstverwaltungsrecht als Grund für eine öffentlichrechtliche Regelung	75
b) Das Energiewirtschaftsrecht als Ursache für eine öffentlichrechtliche Regelung	76
c) Straßenrechtliche Belange als Grund für eine öffentlichrechtliche Regelung	76
d) Kompetenzrechtliche Problematik	77
2. Konzessionsrechtliche Monopolklausel und Wegebenutzungsrecht	77
a) Die Vorrangstellung der Konzessionsverträge	78
b) Die Stellung kleinerer Gemeinden	78
c) Beseitigung des Wegeeigentums als Anknüpfungspunkt	79
d) Die Ausgestaltung der kommunalen Konzessionierung	79
3. Grundrechtsschutz der EVU gegenüber kommunaler Konzessionierung	79
a) Verfassungsrechtliche Schranken für die Gebietsvergabe	79
b) Regionale EVU und Eigentumsgarantie	80
c) Art. 12 GG (Berufsfreiheit)	82
d) Art. 3 GG (Gleichheitssatz)	84
4. Ausschreibungspflicht für Kommunen bei der Vergabe nutzungsverleihender Konzessionen	84

a) Grundzüge des Ausschreibungsrechts	84
b) Chancensichernder Individualrechtsschutz aus Art. 3 GG (Gleichheitssatz)	86
c) Messbare Vergleichs- und Vergabekriterien für die Gebietsvergabe	87
aa) Kapitalmäßige Beteiligung der Gemeinde an den EVU	88
bb) Vermeidung unwirtschaftlicher Doppel- investitionen als Vergabekriterium	88
cc) Kriterium der "besten Versorgung"	89
dd) Das Kriterium der Vergabedauer	90
d) Dingliche Sicherung der übertragenen Leitungsrechte	91
5. Gebietsschutz und Landesplanung (örtliche Bauleitplanung und kommunale Entwicklungsplanung)	91
a) EVU und örtliches Planungsrecht	91
b) Die Harmonisierungsfunktion der Verträge	92
c) Die Entscheidungskonzentration im kommunalen Bereich	93
6. Aufrechterhaltung der Vertragsform	95
a) Die Betriebsfunktion als verwaltungs- verfahrensrechtliche Auflage	96
b) Der Gebietsschutz als verwaltungsverfahren- rechtliche Zusicherung	98
c) Die Idee der rahmenvertraglichen Ver- sorgungsgebietsverleihung	100
7. Ersetzung des vorgeschlagenen Genehmigungsvor- behalts für Demarkationsverträge durch Einver- nehmen der Energieaufsicht für Konzessionsver- einbarungen	101
a) Der Vorschlag des Genehmigungsvorbehalts	101
b) Die Einführung der energieaufsichtlichen Beteiligung beim Inkraftsetzen von Konzessions- vereinbarungen	102

c) Vorschlag eines befristeten Beanstandungs- rechts der Energieaufsicht gegenüber Konzessionsverträgen	103
8. Investitions- und Fusionskontrolle, Preisaufsicht, Abmeierung und Planfeststellungsverfahren	108
a) Investitions- oder Angebotskontrolle	108
b) Fusionskontrolle	109
c) Preisaufsicht	109
d) Abmeierung	111
e) Planfeststellungsverfahren	111
9. Übernahmeregeln für Gebietsnachfolger	113
a) Das privatvertragliche System als Problem- ursache	113
b) Gesetzliche Regelung des Übernahmebereichs	115
c) Inhaltliche Ausgestaltung einer gesetzlichen Regelung	116
d) Die Übernahme bestehender Versorgungsanlagen	116
e) Mitwirkung der Aufsicht	117
f) Prozessuale Probleme	120
10. Die Interimsversorgung im neuen System	121
a) Definition und Beschreibung der Interimsver- sorgung	121
b) Einfluß auf die Konzessionsabgaben	122
E. Das Straßenbenutzungsrecht für private Energieversorgungs- leitungen in neuer Sicht	123
I. Derzeitige Rechtslage	123
1. Der Privatrechtsvorbehalt als Hindernis für eine umfassende Straßenhoheit	125
2. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	126
3. Die Systemwidrigkeit des Privatrechtsvorbehalts	126

II. Das Straßenbenutzungssystem für Leitungsver-	
legungen nach dem neuen System	1 27
1. Liquidierung des Privatrechtsvorbehalts	1 27
2. Trennung von Versorgungsgebietsvergabe und	
Verschaffung der Wegebenutzungstitel	1 28
3. Gesetzliche Regelung der benutzungsrecht-	
lichen Seite	1 29
a) Gemeingebräuchlichkeit	1 30
b) Gesetzliches Wegerecht nach dem Modell des Tele-	
graphenwege-Gesetz	1 31
c) Keine Qualifikation als Sondernutzung	1 32
d) Bedenken aus Enteignungsgesichtspunkten	1 32
e) Planfeststellungsverfahren	1 35
f) Gesetzgebungskompetenz	1 36
4. Konsequenzen für das "Wegebenutzungsentgelt"	
Konzessionsabgabe.....	1 37
a) Unhaltbare Folgen einer völligen Beseiti-	
gung der Konzessionsabgaben	1 37
b) Qualifikation der Konzessionsabgaben nach	
neuem System	1 39
c) Konzessionsabgaben als Gegenstand	
vertraglicher Vereinbarung	1 40
d) Weitere Reformvorschläge	1 40
5. Gesetzliche Durchleitungsrechte als extra-	
ordinäre Benutzungsrechtstitel	1 40
a) Zielsetzungen	1 40
b) Bedenken	1 41
c) Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte	
aus Art. 28 Abs. 2 GG (kommunale Selbstverwaltungsgarantie)142	
d) Durchleitungsrechte als Teil eines kommunal-	
feindlichen Konzepts	1 44
e) Gesetzliches Wegerecht und Folgekostenfrage	1 46

III. Die Lösung des Folgekostenproblems	146
1. Begriff und Interessenkonflikt in der gegen- wärtigen Rechtslage	146
2. Die Rechtsprechung zum Veranlasserprinzip und ihre Problematik.....	147
a) Die streitträchtige Lage nach dem gegen- wärtigen System	147
b) Die bisherigen Lösungsversuche	148
c) Die Notwendigkeit einer öffentlichrechtlichen Lösung	150
d) Die bisherigen Gesetzentwürfe	151
e) Die Untauglichkeit von § 17 Abs. 4 Bundesfernstraßen- gesetz	151
3. Die Ausgestaltung einer den Kollisionsfällen gerechten Folgekostenregelung	152
a) Veranlasserprinzip	152
b) Das Finanzaufkommen als Entscheidungskriterium ..	155
c) Folgekosten und Konzessionsabgaben	156
d) Der Inhalt der gesetzlichen Folgekostenregelung .	157
F. Enteignungsfragen	161
I. Die Enteignung gemäß Demarkationsabreden	161
II. Enteignungsrechtliche oder benutzungsrechtliche Regelung	162
G. Zusammenfassung	163

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften
AG	Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayBgm.	Der Bayerische Bürgermeister
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern v. 25.1.1952, BayBS I S. 462 i.d.F. d. Bekanntmachung v. 26.10.1982 (GVBl. S. 903)
BayVB1.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebsberater
BBauG	Bundesbaugesetz v. 23.6.1960 (BGB1. I S. 341 i.d.F. d. Bekanntmachung v. 18.8.1976; BGB1. I S. 2257)
Bd.	Band
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896 (RGB1. S. 195), zuletzt geändert durch G v. 20.12.1982, BGB1. I S. 1912
BGB1.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar

BMV	Bundesminister für Verkehr
BMWi.	Bundesminister für Wirtschaft
BR	Bundesrat
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BV	Bayerische Verfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Baden-Württemberg
BzKV	Beiträge zur kommunalen Versorgungswirtschaft
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Drs.	Drucksache
DV	Die Verwaltung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EltW	Die Elektrizitätswirtschaft
Entsch.	Entscheidung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz v. 13.12.1935 (RGBl. I S. 1451), zuletzt geändert durch G v. 19.12.1977 (BGBl. I S.2750)
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
e.V.	eingetragener Verein
EVU	Energieversorgungsunternehmen

EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FStrG	Bundesfernstraßengesetz i.d.F. v. 1.10.1974 (BGBl. I S. 2413) zuletzt geändert durch G v. 1.6.1980 (BGBl. I S. 649)
G	Gesetz
GBL.	Gesetzblatt
Gesch.-Nr.	Geschäfts-Nummer
GewArch.	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch G v. 23.8.1976 (BGBl. I S. 2383)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
Hrsg.	Herausgeber
h.M.	herrschende Meinung
Jg.	Jahrgang
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Landkreis	Der Landkreis
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
LPlG	Landesplanungsgesetz
LT	Landtag
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NF (nF)	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ÖTV	Gewerkschaft Öffentlicher Dienste, Transport und Verkehr
o.J.	ohne Jahrgang

OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
o.O.	ohne Ort
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdE	Recht der Elektrizitätswirtschaft
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rnr.	Randnummer
ROG	Raumordnungsgesetz v. 8.4.1965 (BGBl. I S. 306), zuletzt geändert durch G vom 1.6.1980 (BGBl. I S. 649)
Rspr.	Rechtsprechung
RTW	Recht, Technik, Wirtschaft (Schriften- reihe)
Rzif.	Randziffer
SchdVfS	Schriftenreihe des Vereins für Sozial- wissenschaften
StGB	Städte- und Gemeindebund
StVG	Straßenverkehrsgesetz v. 19.12.1952 (BGBl. I S. 837), zuletzt geändert durch G vom 28.12.1982 (BGBl. I S. 2090)
StVO	Straßenverkehrsordnung v. 16.11.1970 (BGBl. I S. 1565), zuletzt geändert durch G vom 28.4.1982 (BGBl. I S. 564)
TWG	Telegraphenwege-Gesetz v. 18.12.1899 (RGBl. S. 705), geändert durch G v. 1.6.1980 (BGBl. I S. 649)
Urt.	Urteil
VEnergR	Veröffentlichungen des Instituts für Ener- gierecht an der Universität zu Köln
VerfGH NW	Verfassungsgerichtshof Nordrhein-West- falen
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung
VG	Verwaltungsgericht
VGHEW	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

VGHNf	Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und des Bayerischer Verfassungsgerichtshofs, Neue Folge
VIK	Vereinigung Industrielle Kraftwirtschaft
VKU	Verband Kommunalen Unternehmen e.V.
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZAG	Bayerisches Gesetz, die Zwangsabtretung von Grundeigentum für öffentliche Zweck betreffend v. 17.11.1837 (BayBS I S. 203), zuletzt geändert durch G v. 27. Juli 1973 (GVBl. S. 437)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Antoni, Wolfgang/Häusler, Christian/ Hermann, Hans-Peter/Meyer-Wöbse, Gerhard/Schmidt, Klaus/Schneider, Fritz Das Recht der Elektrizitätswirtschaft 1980, EltW 1980, 5 ff.
- Arbeitskreis "Reform des Energiewirtschaftsgesetzes" beim Bundesministerium für Wirtschaft, Diskussionspapier vom 14. April 1971, bisherige Ergebnisse, ET 1971, S. 267 (zit. Arbeitskreis "Reform des EnWG", bisherige Ergebnisse)
- Aubert-Klingler, Fernmeldeleitungsrecht, Kommentar, 3. Aufl. 1976
- Bachof, Otto, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 13 - 19), JZ 1966, 129 ff.
- Badura, Peter, Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963 (zit. Badura, Verwaltungsmonopol)
- ders., Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, in: Recht und Staat, 1966, S. 328 (zit. Badura, Verwaltungsrecht)
- Ballerstedt, Kurt, Grundprobleme des Rechts der Konzessionsabgaben, BB 1958, 125 f.
- Bartlsperger, Richard, Art. 90 (Zweitbearbeitung), in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff. (zit. Bartlsperger, BK, Art. 90 GG)
- ders., Rechtsgutachten zur Frage einer Ausschreibungspflicht von Gemeinden (Städten) beim Abschluß von Werbenutzungsverträgen vom 20.3.1981, unveröffentlicht (zit. Bartlsperger, Ausschreibungspflicht)
- ders., Das Sachenrechtsverhältnis der öffentlichen Straßen, in: Bartlsperger-Blümel Schroeter, S. 23 ff. (zit. Bartlsperger Sachenrechtsverhältnis)
- ders., Straßenhoheit und Energiewirtschaft, DVBl. 1980, S. 249 ff.
- ders., Straßenrecht zwischen Bewahrung und Technizität, DVBl. 1979, S. 1 ff.
- ders., Die Bundesfernstraßen als Verwaltungsleistung, Heft 7 der Schriftenreihe der Arbeitsgruppe "Straßenverwaltung" der Forschungsgesellschaft für das Straßenwesen, Bonn-Bad Godesberg 1969 (zit. Bartlsperger, Verwaltungsleistung)

- ders., Die Werbenutzungsverträge der Gemeinden Stuttgart 1975 (zit. Bartlsperger, Werbenutzungsverträge)
- Bartlsperger-Blümel-Schroeter (Hrsg.) Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980
- Beamten-Arbeitskreis "Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts" "Anmerkungen" vom 20./21. April 1972 zu den Zwischenergebnissen vom 14. April 1971, ET 1972, S. 277 ff.
- Beer, R. R., Laux, E., Die Gemeinde, Einführung in die Kommunalpolitik, München und Wien 1977 (zit. Beer/Laux, Die Gemeinde)
- Bethge, Herbert, Der verfassungsrechtliche Standort der "staatlich gebundenen" Berufe, Diss. Köln 1968 (zit. Bethge, Standort)
- Bettermann, Karl-August, Die Auswirkungen der Gebietsreform auf die Verträge der Kommunen mit Energieversorgungsunternehmen, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1977 (zit. Bettermann, Gebietsreform)
- Biedenkopf/Kellmann, Die wege- und kartellrechtliche Problematik der Verlegung von Energieversorgungsanlagen für den Eigenbedarf, 1970, Rechtsgutachten im Auftrag der Vereinigung industrieller Kraftwirtschaft, Essen (zit. Biedenkopf/Kellmann Energieversorgungsanlagen)
- Blümel, Willi, Anmerkung zum Urt. des VerfGH NW vom 11.7.1980, DÖV 1980, S. 693 ff.
- ders., Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart, VVDStRL 36 (1978), S. 171 ff.
- ders., Sicherung des Baus von Anlagen und Leitungsnetzen - Planfeststellungsverfahren, Sonderdruck aus: Die Sicherheit der Energieversorgung - ist sie gegenwärtig gefährdet und durch welche Reformmaßnahmen wird sie vergrößert hrsg. von Emmerich, Volker/Lukes, Rudolf, Köln-Berlin-Bonn-München 1974 (zit. Blümel, Planfeststellungsverfahren)
- ders., Raumordnung und kommunale Selbstverwaltung, DVBl. 1973, 436 ff.
- ders., Die Standortvorsorgeplanung für Kernkraftwerke und andere umweltrelevante Großvorhaben in der Bundesrepublik Deutschland, DVBl. 1977, S. 301 ff.

- Burmeister, Joachim, Verfassungstheoretische Neukonzeption der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, München 1977 (zit. Burmeister, Neukonzeption)
- Darge, Hans/Melchinger, Eugen/
Rumpf, Fritz Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft, Kommentar, Teil I, Energiewirtschaftsgesetz vom 13.12.1935, Berlin 1936 (zit. Darge/Melchinger/Rumpf, EnWG)
- Dehner, Kartellaufsicht und Fachaufsicht im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung in: Emmerich/Lukes, Ordnungspolitische Überlegungen zur leitungsgebundenen Energieversorgung, Köln 1977, 3. Referat, S. 23 ff. (zit. Dehner, Fachaufsicht)
- Depenbrock, Johannes, Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft, München-Berlin 1961 (zit. Depenbrock, Stellung)
- Präsidium des Deutschen Städte-
tages Stellungnahme vom 27.6.1979 in: Der Städtetag 1979, S. 542
- Deutscher Verband für Wohnungs-
wesen, Städtebau und Raumplan-
nung e.V., Entschließung vom 13.9.1978, integrierte Energie- und Stadtentwicklungspolitik, in: VKU (Hrsg.), Erklärungen, S. 49 ff.
- Eiser, Ernst/Riederer, Johann/
Obernolte, Wolfgang/ Danner,
Wolfgang, Energiewirtschaftsrecht, Kommentar, Loseblatt, München (zit. Eiser/Riederer Obernolte/Danner, EnWG)
- Emmerich, Volker, Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, Frankfurt 1970 (zit. Emmerich, Die kommunalen Versorgungsunternehmen)
- ders., Ist der kartellrechtliche Ausnahmebereich für die leitungsgebundene Versorgungswirtschaft wettbewerbspolitisch gerechtfertigt? Hannover 1978 (zit. Emmerich, Ausnahmebereich)
- Emmerich, Volker/Lukes, Rudolf
(Hrsg.), Perspektiven der Energiewirtschaft, Köln-Berlin-Bonn-München 1976 (zit. Emmerich/Lukes, Perspektiven)
- dies., Ordnungspolitische Überlegungen zur leitungsgebundenen Energieversorgung, Köln 1977 (zit. Emmerich/Lukes, Überlegungen)
- Esenwein/Rothe, Die Wirtschaftsverbände von 1933 - 1945 Schriften des Vereins für Socialpolitik, Berlin 1965 (zit. Esenwein/Rothe, Wirtschaftsverbände)
- Evers, Hans-Ulrich, Das Recht der Energieversorgung, München 1974 (zit. Evers, Energieversorgung)

- ders., Die "WegekonzeSSION" für die Verlegung von Versorgungsleitungen, in: Bartlsperger-Blümel-Schroeter, Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980, S. 181 ff. (zit. Evers, WegekonzeSSION)
- Fischerhof, Hans, "Daseinsvorsorge" und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960, S. 41 ff.
- ders., Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung DÖV 1957, S. 305 ff. = in: Rechtsfragen II, S. 34 ff.
- ders., Wenn der Konzessionsvertrag abläuft ... ET 1967, 67 ff.
- Forsthoff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. München 1973 (zit. Forsthoff, Lehrbuch)
- Friedrich, A., Staat und Energiewirtschaft. Der Weg zum Energiewirtschaftsgesetz, Berlin 1936 (zit. Friedrich, Der Weg zum EnWG)
- Gönnenwein, Otto, Gemeinderecht, Tübingen 1963 (zit. Gönnenwein, Gemeinderecht)
- Grawert, Rolf, Gemeinden und Kreise vor den öffentlichen Aufgaben der Gegenwart, VVDStRL 36, 1978, S. 278 ff.
- Gröner, Helmut, Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft, Baden-Baden 1975 (zit. Gröner, Ordnung)
- Gröttrup, Hendrik, Die kommunale Leistungsverwaltung, 2. Aufl. Stuttgart 1976 (zit. Gröttrup, Leistungsverwaltung)
- Großdeutscher Gemeindetag, Die Neugestaltung der deutschen Elektrizitätswirtschaft - Vorschläge des großdeutschen Gemeindetags, 1934, Denkschrift
- Hamm, Walter, Stufenplan zur Fortentwicklung des Systems der öffentlichen Energieversorgung. Ein Beitrag zur Wettbewerbspolitik, in: Röper, Wettbewerbsprobleme der Elektrizitätsversorgung, Berlin 1972 (zit. Hamm, Stufenplan)
- ders., Wettbewerb für die Elektrizitätsmonopole, FAZ vom 4.11.1961 (zit. Hamm, Wettbewerb)

- Hammer, Wilm, Ist die Staatsaufsicht^{/ in} der Energie-
wirtschaft noch praktikabel?, DÖV 1973,
594 ff.
- v. Heimbürg, Sibylle, Verwaltungsaufgaben und Private, Diss.
iur., München 1981 (zit. v. Heimbürg,
Verwaltungsaufgaben)
- Henkel, Die Staatsaufsicht nach dem Energie-
wirtschaftsgesetz, VEnergR, Bd. 25/26,
Düsseldorf, 1970 (zit. Henkel, Staats-
aufsicht)
- Henrich, Franz-Walter, Kommunale Beteiligung in der Raum-
ordnung und Landesplanung, Bd. I,
Verfassungsrechtliche und rahmen-
rechtliche Grundlagen; Bd. II, Beteili-
gungsrecht und Beteiligungsverfahren
nach dem Landesplanungsrecht der Länder
beide Münster 1981 (zit. Henrich,
Kommunale Beteiligung in der Raumord-
nung und Landesplanung, Bd. I bzw. II)
- Henrichs, Wilhelm, Die Rechtsprechung zur Verfassungsgaran-
tie der kommunalen Selbstverwaltung in
Deutschland, DVBl. 1954, S. 728 ff.
- Hoppe, Werner, Eingriffe in Leitungsrechte durch
Straßenbaumaßnahmen, Rechtsgutachten,
Köln 1979 = RTW Heft 17 (zit. Hoppe,
Eingriffe, Rechtsgutachten)
- ders., Eingriffe in Leitungsrechte an vor-
handenen Versorgungsleitungen durch
neue Straßen, DVBl. 1980, S. 260 ff.
- Huber, Ernst-Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl.,
Bd. I, Tübingen 1953, Bd. II, Tübingen
1954 (zit. Huber, Wirtschaftsverwal-
tungsrecht I bzw. II)
- Imboden, Max, Der verwaltungsrechtliche Vertrag,
Basel 1958 (zit. Imboden, Vertrag)
- Immenga, Ulrich, Kartellaufsicht und Fachaufsicht im
Bereich der leitungsgebundenen Energie-
versorgung, in: Emmerich/Lukes (Hrsg.),
Ordnungspolitische Überlegungen zur
leitungsgebundenen Energieversorgung,
Köln 1977, erstes Referat, S. 3 (zit.
Immenga, Kartellaufsicht und Fachauf-
sicht)
- ders., Wettbewerbsbeschränkungen auf staat-
lich gelenkten Märkten, eine Unter-
suchung zur rechtlichen Stellung der
Verkehrs-, Bank- und Versorgungswirt-
schaft in der Wettbewerbsordnung, Tü-
bingen 1967 (zit. Immenga, Wettbewerbs-
beschränkungen)
- Ipsen, Hans-Peter, Gesetzliche Indienstnahme Privater für
Verwaltungsaufgaben und die Abgrenzung
vom beliebigen Unternehmer, in: Fest-
gabe für Erich Kaufmann, 1950, S. 141
ff. (zit. Ipsen, Indienstnahme)

- Jüngst, Painer,
Örtliche Energieversorgungsplanung,
DÖV 1982, S. 266 ff.
- Kempfer, Helmut
Das Fernmeldeleitungsrecht an öffentlichen Straßen, in: Bartlsperger-Blümel-Schroeter, Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980, S. 197f. (zit. Kempfer, Fernmeldeleitungsrecht)
- Kimminich, Otto,
Verfassungsrechtliche Probleme einer Neuregelung der vertraglichen Grundlagen für die örtliche Energieversorgung, Köln 1974 (zit. Kimminich, Verfassungsrechtliche Probleme)
- Kirchhof, Paul,
Verwalten durch mittelbares Einwirken, Köln, Berlin, Bonn, München 1977 (zit. Kirchhof, Verwalten)
- Kisker, Günter,
Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32, 1974, S. 149 ff.
- Klein, Hans H.,
Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DÖV 1965, S. 755 ff.
- Klett, Arnulf,
Der Energiemarkt der Zukunft, in: Der Städtetag, N.F. Jg. 24 (1971), S. 543 (zit. Klett, Der Energiemarkt)
- Knemeyer, Franz-Ludwig,
Bayerisches Kommunalrecht, 4. Aufl. München 1982 (zit. Knemeyer, Kommunalrecht)
- ders.,
Die Chance der kommunalen Selbstverwaltung, in: Städte- und Gemeindebund 1976 S. 297 ff. (zit. Knemeyer, StGB 1976)
- ders.,
Gebietsreform und Landesplanung, Baden-Baden 1980 (zit. Knemeyer, Gebietsreform und Landesplanung)
- ders.,
Kommunale Selbstverwaltung in Theorie und Praxis, BayBgm. 1980, 28
- Knorr, Gerhard,
Zum bayerischen Straßen- und Wegegesetz BayVBl. 1958, S. 300 ff.
- Kodal, Kurt,
Straßenrecht, 3. Aufl. München 1978 (zit. Kodal, Straßenrecht)
- Köttgen, Arnold,
Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, Göttingen 1961 (zit. Köttgen, Daseinsvorsorge)
- Kopp, Ferdinand,
VwVfG, Kommentar, 2. Aufl. 1980 (zit. Kopp, VwVfG)
- Korte, Heinz W.,
Die Aufgabenverteilung zwischen Gemeinde und Staat unter besonderer Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips, in: Verw Arch. 61 (1970), 3 ff., S. 42 ff. (zit. Korte, Aufgabenverteilung)

- Krautzberger, Michael, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private. Zum Begriff des öffentlichen Bereichs, Berlin 1971 (zit. Krautzberger, Erfüllung)
- Krecke, C., Das Energiewirtschaftsgesetz und die Gemeinden, in: Friedrich, Der Weg zum EnWG, S. 120 ff. (zit. Krecke, Das Energiewirtschaftsgesetz und die Gemeinden)
- Kulartz, Hans-Peter, Kommunale Gebietsreform und Energieversorgung, Baden-Baden 1982 (zit. Kulartz, Energieversorgung)
- Ladewig, Wolfgang, Die Energieversorgungsunternehmen in der Raumordnung, Diss. Köln 1969 (zit. Ladewig, Energieversorgungsunternehmen)
- List, Friedrich, Energierecht, 2. Aufl. Wiesbaden 1952 (zit. List, Energierecht)
- Ludwig, Wolfgang/Cordt, Adolf/
Stech, Jürgen/Odenthal, Hans, Recht der Elektrizität-, Gas- und Wasserversorgung, Kommentar, Loseblatt (zit. Ludwig/Cordt/Stech/Odenthal, Elektrizitätsversorgung)
- Lukes, Rudolf, Die Benutzung öffentlicher Wege zur Fortleitung elektrischer Energie, Frankfurt 1973 (zit. Lukes, Benutzung)
- Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 4. Aufl. München 1975
- Marschall, Ernst A., Die Benutzung von Bundesfernstraßen für Zwecke der öffentlichen Versorgung, in: Wegerecht und europäisches Wettbewerbsrecht, hrsg. von Bodo Börner = Heft 12/13 der Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln, Düsseldorf 1966, S. 1 ff. (zit. Marschall, Benutzung)
- Marschall/Schroeter/Kastner, Bundesfernstraßengesetz, Kommentar, 4. Aufl. München 1977 (zit. Marschall/Schroeter/Kastner, FStrG)
- Martens, Wolfgang, "Öffentlich" als Rechtsbegriff, Bad Homburg 1969 (zit. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff)

- Matzerath, Horst, Nationalsozialismus und kommunale Selbstverwaltung, Stuttgart 1970, Schriftenreihe des Vereins für Kommunalwissenschaften e.V., Berlin, Bd. 29 (zit. Matzerath, Nationalsozialismus)
- Maunz, Theodor, Grundfragen des Energiewirtschaftsrecht VerwArch 50 (1959), S. 315 ff. (zit. Maunz, Grundfragen)
- Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. München-Leipzig, 1924; Bd. II, 2. Aufl. München-Leipzig, 1917 (zit. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. I bzw. II)
- Mayer, Xaver, Die deutsche Elektrizitätswirtschaft, o.O.o.J.; Manuskriptdruck, Vortrag vor dem Verband Deutscher Elektrotechniker, Gau Pommern, Stettin, gehalten am 21.9.1934 (zit. Mayer, Elektrizitätswirtschaft)
- Mayer-Maly, Theo (Hrsg.) Energiewirtschaft und Recht, Wien 1973 (zit. Mayer-Maly, Energiewirtschaft)
- Mennacher, Hubert, Begriffsmerkmale und Rechtsstellung der mit öffentlicher Gewalt beliehenen Hoheitsträger des Privatrechts (Beliehene Private), Diss. iur. München 1963 (zit. Mennacher, Begriffsmerkmale)
- Merk, Bruno, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Aufgabenreform der öffentlichen Hand, in: Horst Hanusch (Hrsg.), Reform öffentlicher Leistungen, München 1978, S. 69 ff. (zit. Merk, Aufgabenreform)
- Michaelis, Hans, Der Streit um den Ordnungsrahmen für die leitungsgebundene Energieversorgung, ET 1979, S. 24 ff.
- Michaelis, Rüdiger, Der Beliehene, Diss. iur. Münster 1969 (zit. Michaelis, Der Beliehene)
- Monopolkommission, Hauptgutachten I 1973 - 1975, "Mehr Wettbewerb ist möglich", Baden-Baden 1976 (zit. Monopolkommission, Hauptgutachten I)
- Mußnug, Reinhard, Die öffentlichen Straßen als Mehrzweckinstitut, in: Bartlsperger-Blümel-Schroeter (Hrsg.), Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, Hamburg 1980, S. 81 ff. (zit. Mußnug, Mehrzweckinstitut)

- v. Mutius, Albert,
Grundfälle zum Kommunalrecht, Teil IV,
Die verfassungsrechtliche Gewährlei-
stung der kommunalen Selbstverwaltung,
JuS 1977, 455 ff.
- ders.,
Sind weitere rechtliche Maßnahmen zu
empfehlen, um den notwendigen Handlungs-
spielraum und Entfaltungsspielraum der
kommunalen Selbstverwaltung zu gewähr-
leisten?, Gutachten E für den 53.DJT,
München 1980 (zit. v. Mutius, Gutachten
E)
- ders.,
Höchst Richterliche Rechtsprechung zum
Verwaltungsrecht. Zur Übertragung öf-
fentlich-rechtlicher Kompetenzen auf Pri-
vate (Beleihung der Bauunternehmer auf-
grund § 3 Abs. 3 a StVO a.F.) und zur
Nichtigkeit von Verkehrszeichen, in:
VerwArch 62 (1971), 300 ff.
- Nedden, Gerhard,
Kreuzungsrecht, Köln-Berlin-Bonn-
München 1968 (zit. Nedden, Kreuzungs-
recht)
- Nesselmüller, Günter,
Rechtliche Einwirkungsmöglichkeiten
der Gemeinden auf ihre Eigengesell-
schaften, Siegburg 1977 (zit. Nessel-
müller, Einwirkungsmöglichkeiten)
- Niederleitinger, Ernst,
Sondernutzungen an öffentlichen Straßen
für Versorgungsleitungen, BayVBl. 1969,
119 ff.
- Niemeier, Hans,
Bund und Gemeinden, Aktuelle Organisa-
tions-, Finanz- und Verfassungsprobleme
Berlin 1972 (zit. Niemeier, Bund und
Gemeinden)
- Obermayer, Klaus,
Kommunalrecht, in: Mang-Maunz-Mayer-
Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in
Bayern, 4. Aufl. München 1975, S. 495 ff. (zit.
Obermayer, Kommunalrecht)
- Obernolte, Wolfgang,
Probleme des deutschen Energiewirt-
schaftsrechts, DB 1975, 2165 ff.
- Pagenkopf, Hans,
Kommunalrecht, Bd. 1 Verfassungsrecht,
2. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München 1975
Bd. 2 Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. Köln-
Berlin-Bonn-München 1976 (I bzw. II)
- Pappermann, Ernst,
Bundesrahmenkompetenz zur Vereinheit-
lichung des Kommunalrechts?, DVBl.
1972, 643 ff.

- Peters, Hans, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Festschrift für H. C. Nipperdey, Bd. II, München und Berlin 1965, S. 878 ff. (zit. Peters, Aufgaben)
- Piller, Wolfgang, Verwaltungsmittlung Privater, Frankf. 1976 (zit. Piller, Verwaltungsmittlung)
- Politische Zentralkommission der NSDAP, Abteilung Elektrizität der Unterkommission III bei der politischen Zentralkommission der NSDAP, Bericht über Aufgaben der Elektrizitätswirtschaft, Berlin 1934
- Püttner, Günther, Folgen der Gebietsreform für die Energieversorgung, Der Landkreis 1979, 405 ff.
- ders., Das Recht der kommunalen Energieversorgung, Stuttgart 1967 (zit. Püttner, Energieversorgung)
- ders., Die Struktur der Versorgungswirtschaft heute und morgen, in: Emmerich/Lukes: Perspektiven der Energiewirtschaft, Köln-Berlin-Bonn-München 1976 = KiW-Schriftenreihe Bd. 10, S. 3 ff. (zit. Püttner, Die Struktur)
- ders., Kommunalrecht und Vollzug von Bundesgesetzen durch die Gemeinden, Festgabe BVerwG, München 1978, S. 499 ff. (zit. Püttner, Vollzug von Bundesgesetzen)
- Quack, Klaus, Die Beendigung von Strom-Konzessionsverträgen, AöR 91 (1966), 355 ff. (zit. Quack, Beendigung)
- Richter, Gerd, Verfassungsprobleme der kommunalen Funktionalreform, Köln 1977 (zit. Richter, Verfassungsprobleme)
- Rinke, Werner, Zur Mitarbeit der Kommunen in gemischt-wirtschaftlichen Energieversorgungsunternehmen, in: ÖTV-Dokumentation Energie, Mannheim 1972, S. 210 ff. (zit. Rinke, Mitarbeit der Kommunen)
- Röper, Burkhardt, Wettbewerbsprobleme der Elektrizitätsversorgung, Berlin 1972 = SchdVfS NF 65 - 1972 - (zit. Röper, Wettbewerbsprobleme)

- v. Rohr, Telegraphenwege-Gesetz, Kommentar, Berlin 1900 (zit. v. Rohr, TWG)
- Rosenthal, Eduard, Der Wandel der Staatsaufgaben in der letzten Geschichtsperiode, Jena 1913 (zit. Rosenthal, Wandel der Staatsaufgaben)
- Rothers, Wolfgang, Kommunale Mitwirkung an höherstufigen Entscheidungsprozessen, Köln 1975 = Kommunalwissenschaftliche Schriften des deutschen Landkreistages Nr. 3 (zit. Others, Mitwirkung)
- Rupp, Hans Heinrich, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 92 (1967), 212 ff.
- ders., Privateigentum an Staatsfunktionen, Tübingen 1963 (zit. Rupp, Privateigentum)
- Salzwedel, Jürgen, Staatliche Genehmigungsvorbehalte gegenüber der Selbstverwaltung, AfK 1962, 203 ff.
- ders., Staatsaufsicht in der Verwaltung, VVDStRL 22 (1965), 206 ff.
- Siedentopf, Heinrich, Zu den Grenzen neuer kommunalverfassungsrechtlicher Organisationsformen, DV 1971, 279 ff.
- Siegel, Gustav, Die Elektrizitätsgesetzgebung der Kulturländer der Erde, Bd. I - III, Bd. I: Deutschland, Berlin 1930 (zit. Siegel, Elektrizitätsgesetzgebung)
- Sölch, Rudolf, Konzessionsabgaben in der Reformdiskussion, in: ÖTV-Dokumentation Energie, 1972 S. 252 ff. (zit. Sölch, Konzessionsabgaben)
- Soell, Hermann, Gebietsreform im Stadtumland und Verfassungsrecht, BayVBl. 1977, 1 ff.
- Sonderausschüsse "Neuordnung Energiewirtschaft" bei der Arbeitsgemeinschaft der Landesverbände der Elektrizitätswerke - AdEW - und der Arbeitsgemeinschaft der Verbände der Gas- und Wasserwerke - AGW - Entwurf eines Gesetzes über die Beaufsichtigung der Energiewirtschaft (Energieaufsichtsgesetz), Frankfurt, 1950 (zit. Sonderausschüsse, Energieaufsichtsgesetz)

- Schack, Friedrich, Das rechtliche Wesen der wegerechtlichen Sondernutzung nach altem und neuem Recht, VerwArch Bd. 54 (1963), 43 ff. (zit. Schack, Sondernutzung)
- Schelberger, Herbert, Das Verhältnis des Anzeigeverfahrens nach § 4 EnWG zu sonstigen Verfahrensbestimmungen über Bauvorhaben, EltW, Bd. 56 (1957), 29 ff.
- Schetting, Gerd, Rechtspraxis der Subventionierung. Eine Untersuchung zur normativen Subventionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin, 1973 (zit. Schetting, Subventionierung)
- Scheuner, Ulrich, Zur Neubestimmung der kommunalen Selbstverwaltung, AfK 12 (1973), 1 ff.
- Schlosser, Friedrich, Enteignungsrecht und Folgekostenproblematik bei straßenbaubedingter Verlegung von Versorgungsleitungen, BayVBl. 1982, 545 ff.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, Gemeinden und Staat im Recht des öffentlichen Dienstes, in: Öffentlicher Dienst, Festschrift für Carl Hermann Ule, Köln 1977 (zit. Schmidt-Aßmann, Gemeinden)
- ders., Gesetzliche Maßnahmen zur Regelung einer praktikablen Stadtentwicklungsplanung - Gesetzgebungskompetenzen und Regelungsintensität, in: Raumplanung - Entwicklungsplanung, Hannover 1972, S. 101 ff. (zit. Schmidt-Aßmann, Stadtentwicklungsplanung)
- ders., Verfassungsrechtliche und verwaltungspolitische Fragen einer kommunalen Beteiligung an der Landesplanung, AöR 101 (1976), 520 ff.
- Schmidt-Eichstaedt, Gerd, Bundesgesetze und Gemeinden. Die Inanspruchnahme der Kommunen durch die Ausführung von Bundesgesetzen, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1981 (zit. Schmidt-Eichstaedt, Bundesgesetze und Gemeinden)

- Schneider, Hans K.,
Stufenplan zur Fortentwicklung des Systems der öffentlichen Energieversorgung - Ein Beitrag zur Wettbewerbspolitik, SchdVfS, NF Bd. 65 (1972), 71 ff. (zit. Schneider, Stufenplan)
- Scholz, Rupert,
Gemeindliche Gebietsreform und regionale Energieversorgung, Berlin 1977 (zit. Scholz, Gebietsreform)
- ders.,
Grenzen staatlicher Aktivität unter der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung, in: Duwendag, Dieter (Hrsg.), Der Staatssektor in der sozialen Marktwirtschaft, Berlin 1976, S. 113 ff. (zit. Scholz, Wirtschaftsverfassung)
- ders.,
Neue Entwicklungen im Gemeindewirtschaftsrecht, Strukturfragen und Verfassungskritik, DÖV 1976, 441 ff. (zit. Scholz, Neue Entwicklungen)
- ders.,
Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 8 Berlin 1967 (zit. Scholz, Wesen)
- ders.,
Buchbesprechung von Volker Emmerich, Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung ZHR 137 (1973) 185 ff.
- Starck, Christian,
Die Auskiesungsurteile des Bundesgerichtshofs vor dem Bundesverfassungsgericht, BVerfG, NJW 1977, 1960, JuS 1977, 732 ff.
- Stech, Jürgen,
Der "vertraglose" Zustand im Energierecht, Köln 1955 (zit. Stech, Der vertraglose Zustand)
- Steiner, Udo,
Öffentliche Verwaltung durch Private, DÖV 1970, 526 f.
- ders.,
Öffentliche Verwaltung durch Private, Hamburg 1975 (zit. Steiner, Verwaltung durch Private)
- Steinhauser,
Deutsches Elektrizitätsrecht 1928
- Stern, Klaus,
Art. 28 (Zweitbearbeitung) in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (zit. Stern, BK, Art. 28)
- ders.,
Die verfassungsrechtliche Position der kommunalen Gebietskörperschaften in der Elektrizitätsversorgung, Berlin Frankfurt 1966 (zit. Stern, Verfassungsrechtliche Position)
- ders.,
Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbetätigung, BayVBl. 1962, 129 ff.

- ders., Kommunalwirtschaft und Verfassungsrecht, BzkV 44 (1970), 8 ff. (zit. Stern, Kommunalwirtschaft)
- ders., Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, AÖR 84 (1959), 137 ff. und 273 ff.
- ders., Die öffentliche Sache, VVDStRL 21 (1964), 183 ff.
- ders., Der rechtliche Standort der Gemeindevirtschaft, AfK, 3. Jg. (1964), 81 ff.
- ders., Staatsrecht, I München 1977, II München 1980
- Stern, Klaus/Burmeister, Joachim, Die kommunalen Sparkassen, Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Probleme, Stuttgart 1972 (zit. Stern/Burmeister, Sparkassen)
- Stern, Klaus/Püttner, Günther, Die Gemeindevirtschaft - Recht und Realität, SchdVfS, NF Bd. 8, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1965 (zit. Stern/Püttner, Gemeindevirtschaft)
- Straßburg Die Interimsversorgung in der Elektrizitätswirtschaft, ET 1977, 508 ff.
- Stumpf, Hans, Mehr staatliche Lenkung der Energieversorgungsunternehmen? ZögU 1979, 277 ff.
- Tegethoff, Wilm, Grundsatzprobleme der Überlegungen zur Neuordnung des deutschen Energierechts, in: Mayer-Maly (Hrsg.), Energiewirtschaft und Recht, Wien 1973 (zit. Tegethoff, Grundsatzprobleme)
- Tegethoff, Wilm/Büdenbender, Ulrich/Klinger, Heinz, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Kommentar, Loseblatt
- Uffhausen, Karsten, Die Benutzungsgebühr, Diss. iur., Göttingen 1970
- v. Unruh, Georg-Christoph, Wodurch unterscheiden sich kommunale von staatlichen Angelegenheiten? Versuch einer verfassungs- und "lage"-gemäßen Kriteriengewinnung, DÖV 1977, 467 ff.

- Verband kommunaler Unternehmen
(VKU), (Hrsg.)
- ders.,
- ders.,
- Vereinigung Industrielle
Kraftwirtschaft (VIK)
- Vogel, Hans Jochen,
- Vogel, Klaus,
- Wirth, H.,
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto,
- Wolff, Hans J.,
- Zacher, Hans F.,
- Zacher, Manfred,
- Erklärungen zur kommunalen Versorgungswirtschaft, Köln 1978 (zit. VKU, Erklärungen)
- Die Konzessionsabgaben in der Rechtsordnung. Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und des Verbandes kommunaler Unternehmen (VKU) zum Bericht des Arbeitskreises "Konzessionsabgaberecht" der Wirtschaftsminister-Konferenz "Reform des Konzessionsabgabewesens", Köln 1969 (zit. VKU, Konzessionsabgaben)
- Der Standort der kommunalen Versorgungswirtschaft, Köln 1971 (zit. VKU, Standort)
- Grundsätze für ein neues Gesetz für die Elektrizitäts- und Gasversorgung; Mai 1961 (zit. VIK, Grundsätze)
- Die kommunalen Unternehmen in der Marktwirtschaft, BzKV, 31 (1962), 15 ff.
- Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959 (zit. Vogel Wirtschaftseinheiten)
- Das Wegerecht für Energieleitungen, ET 1957/58, 3 f.
- Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. München 1974
- Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. München 1976
- Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL 25 (1967), 308 ff.
- Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge, Frankfurt und Bern 1982 (zit. Zacher, Konzessionsverträge)

Die Gebietsregelung der öffentlichen Energieversorgung mit Elektrizität und Gas als Staatsaufgabe

A. Aufgabenstellung und Problemübersicht

Nicht erst die in jüngerer Vergangenheit durchgeführte kommunale Gebietsreform hat das tradierte System der regionalen und örtlichen Energieversorgung ins Zentrum von Reformüberlegungen gestellt. Die parlamentarische Diskussion über die Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts begann vielmehr schon in den fünfziger Jahren mit einer vom Bundestag im Jahre 1957 einstimmig verabschiedeten Entschließung aus Anlaß der Beschlußfassung über das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Darin wird die Bundesregierung ersucht, zur Regelung der Wettbewerbsverhältnisse in der Versorgungswirtschaft alsbald den Entwurf eines neuen Energiewirtschaftsgesetzes vorzulegen.

Nicht viel später stieß die auf dem Hintergrund dieser Reformforderung beschlossene Freistellung der Versorgungswirtschaft vom Kartellverbot auf erste Kritik.

Das Bundeskartellamt forderte in seinem Jahresbericht 1962, die versorgungswirtschaftlichen Demarkationsvereinbarungen nicht länger vom Kartellverbot auszunehmen, worauf der Gesetzgeber allerdings noch nicht reagierte.

Erst die große parlamentarische Anfrage zur Stromversorgung der deutschen Wirtschaft der CDU/CSU-Fraktion aus dem Jahre 1968 hat die Neuordnungsdiskussion erneut und nachhaltig belebt. Die Anfrage stellte praktisch die gesamten Rechtsgrundlagen der Energieversorgungswirtschaft in Frage.

Den Schwerpunkt der Reformdiskussion stellen die mit dem Monopolcharakter der Versorgung verbundenen Problemkreise dar. Dazu trägt bereits die Leitungsgebundenheit der Energieträger Elektrizität und Gas bei. Gefestigt werden die bestehenden Verhältnisse dadurch, daß die Energieversorgungsunternehmen durch - bisher zulässigerweise privatvertraglich vereinbarte - Nutzungsrechte an den für die

Versorgung benötigten Straßen und Wegen den Bau von Konkurrenzleitungen weitgehend verhindern können.

Die faktisch marktbeherrschende Position der EVU wird außerdem in der Elektrizitätswirtschaft kaum, in der Gaswirtschaft wegen der Investitionsschwelle nur wenig mehr durch Substitutionswettbewerb gefährdet. Dies führt neben/der Gefahr einer unbefriedigend hohen Preisgestaltung auch zum Fortbestehen der bisherigen Struktur dieses Wirtschaftszweiges.

Daher darf begrüßt werden, daß die jüngst durchgeführte kommunale Gebietsreform auch die Grundproblematik des überkommenen Energieversorgungssystems auf kommunaler Ebene wieder gebührend aktualisiert hat. Die mit der Nutzung von öffentlichen, insbesondere gemeindlichen Straßen für die öffentliche Versorgung von Letztverbrauchern verbundenen rechtlichen Fragen werden mit dem Instrumentarium des sogenannten Konzessionsvertrages geregelt. Die Stellung der gemeindlichen Gebietskörperschaften bei Abschluß, inhaltlicher Ausgestaltung und Kündigung dieser Konzessionsverträge kann für den derzeitigen Rechtszustand trotz anerkannter versorgungswirtschaftlicher Funktion der Kommunen wegen des beschränkten Ordnungs- und Steuerungsspielraums nur als unbefriedigend bezeichnet werden. Diese Funktion der Kommunen rückte durch die territorialen Veränderungen der Gebietsreform deshalb wieder in den Blickpunkt des Interesses, weil die neugeformten Kommunen auch die bisherigen Versorgungsgebiete den neuen Strukturen anzupassen trachten. So wurde insbesondere die Frage der Rechtsnachfolge in bestehende Konzessionsverträge Gegenstand der Erörterung.¹⁾ Deutlicher als bisher trat dadurch die systemimmanente und rechtsgrundsätzlich zu behandelnde Kollision des traditionell privatautonomen Demarkationsvertragssystems zwischen den EVU mit der kommunalen versorgungswirtschaftlichen Kompetenz zutage.

1) Scholz, Gebietsreform, S. 19 ff.; Kulartz, Energieversorgung, S. 53 ff.; Bettermann, Gebietsreform, S. 30 ff., S. 46 ff.; einen Überblick über die energiewirtschaftliche Reformdiskussion vermittelt Obernolte, DB 1975, S. 2165 ff.

Damit ist eine rechtsübergreifende Problematik eröffnet, die das Wirtschaftsverfassungsrecht, das Energiewirtschaftsrecht, das Kommunalwirtschaftsrecht, das Straßenrecht, das Wettbewerbsrecht und Enteignungsfragen berührt.

Daher bedarf es rechtsdogmatischer Klärung und der Darlegung von Vorschlägen für eine Neuordnung des Rechts der kommunalen Energieversorgung. Insbesondere sind die Modelle staatlicher bzw. kommunaler Indienstnahme privater EVU für die Versorgungsaufgabe auch unter Berücksichtigung ihrer Beteiligungsrechte sowie prozessualer Probleme bei der Durchsetzung kommunaler Ansprüche auf Einstellung der Versorgung bzw. Übergabe der bestehenden Anlagen an den Nachfolger zu behandeln. Die im folgenden zu präzisierende Forderung nach Überführung des gesamten Komplexes in das öffentliche Recht mag in Anbetracht langjähriger privatautonomer Vertragspraxis überzogen erscheinen. Um diese Forderungen aus praktischer wie dogmatischer Sicht verständlich zu machen, ist es nötig, die Handlungsalternativen und Regelungsmodelle für ein neugeordnetes Konzessionskonzept ausführlich darzustellen.

Die vorliegenden Überlegungen sind zunächst auf die Darstellung des überkommenen ordnungspolitischen Energieversorgungssystems gerichtet, beschäftigen sich dann mit der öffentlichrechtlichen kommunalen Regelungskompetenz bei der Energieverteilung und behandeln anschließend die kommunale Zuständigkeit für die Festlegung von Versorgungsgebietsgrenzen. Den Schwerpunkt stellt die ^{rechtskonstruktive} Erörterung der

Steuerungsmöglichkeiten und Konzessionsmodelle de lege ferenda für die Indienststellung der EVU für die Aufgabe der Energieversorgung dar. Als Ergänzung des gegenständlichen Problembereichs werden die Auswirkungen auf das Straßenrechtssystem, insbesondere auf die Folgekostenproblematik sowie auf das Enteignungsrecht dargestellt.

B. Das überkommene ordnungspolitische Energieverteilungssystem

Kennzeichnend für die rechtliche Beurteilung der gegenwärtigen Ordnung der Elektrizitätswirtschaft ist die Bewertung der Monopolkommission in ihrem Hauptgutachten I: "Das geltende Recht besteht weitgehend aus dauerhaft gewordenen Provisorien, mit denen sich vielfältige wirtschaftliche und politische Besitzstände verbunden haben".²⁾

Die tragenden Elemente dieses reformbedürftigen Rechtszustandes stammen aus allen Bereichen des gegenständlichen Regelungskomplexes.

Eine der Säulen des gegenwärtigen Konzeptes ist das zwischen den EVU praktizierte privatautonome Gebietsabsprachensystem. Innerhalb dieses privatvertraglichen Demarkationssystems verpflichten sich die EVU zu gegenseitigem Gebietsschutz. Dies trägt wesentlich zu der autonomen Ordnung und Gebietsstruktur bei, ohne den durch den öffentlichen Bezug naheliegenden hoheitlichen Einfluß ausreichend zur Geltung zu bringen.

Ein weiterer Pfeiler dieser Konzeption ist das Institut des funktionell zum Vollzugsgeschäft der Demarkationsabsprachen degradierten Konzessionsvertrages. Darin räumen die Gemeinden den EVU Wegenutzungsrechte zur Verlegung der Versorgungsleitungen ein. Infolge des faktischen Vorrangs der Demarkationsverträge können die Kommunen nach gegenwärtiger Rechtslage nicht einmal über dieses Institut die öffentliche Aufgabe der Energieverteilung steuern, wenn diese im Einzelfall den Gebietsabsprachen zuwiderläuft.

Sanktioniert wird die Zulässigkeit dieser Vertragsverhältnisse durch die lediglich reagierende und bezüglich der Vertragsautonomie indifferente Konzeption des Energiewirtschaftsgesetzes. Dieses geht von der Zulässigkeit des bei

2) Monopolkommission, Hauptgutachten I, S. 400.

seinem Erlaß vorgefundenen Vertragssystems aus und gestattet weder vertragliche noch einzelaktmäßige Gestaltungsmöglichkeiten zugunsten der kommunalen Gebietsbeeinflussung.

Auch das Straßenrecht blieb bis heute diesem privatrechtlichen Regelungssystem insoweit treu, als es der Energiewirtschaft die privatvertragliche Einräumung von Sondernutzungen gestattet. Darin wird der Systembruch offenbar, mit^{dem} ohne aus straßenrechtlicher Sicht erkennbaren Grund vom Grundsatz der öffentlichrechtlich zu vergebenden Sondernutzungserlaubnis abgewichen ist.

Auch die wettbewerblichen Freistellungsbestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach § 103 GWB für die begrifflich nach § 1 Abs. 1 GWB kartellverbotswidrigen Demarkations- und Konzessionsverträge sind eine Stütze des überkommenen Systems, weil sie aus Gründen der notwendigerweise monopolartig durchzuführenden Versorgung die kartellrechtliche Unbedenklichkeitsregelung enthalten, ohne die staatlichen Funktionen ausreichend in den Gesetzeszweck aufzunehmen. Schließlich ist noch auf die Enteignungsrechtsprechung insbesondere des BayVHG hinzuweisen, der im Rahmen der Erforderlichkeit der Enteignung für Energieanlagen die bestehenden Gebietsabgrenzungsabkommen zwischen den EVU für maßgeblich erachtet.

Eine Enteignung zugunsten eines ersten EVU hält der VGH demnach, - auch wenn ein zweites EVU günstiger und^{das Eigentum} weniger beeinträchtigend versorgen könnte - für erforderlich, solange die Versorgung durch ein zweites EVU gegen bestehende Gebietsabsprachen verstieße.^{2 a)}

So zeigt sich, daß das Stückwerk der Provisorien den gegenständlichen Problemkreis nur notdürftig abdeckt und im einzelnen auf seine Eignung und Erforderlichkeit zu untersuchen ist.

2 a) BayVGH, Urt. v. 13.3.1975, BayVBl. 1976, S. 18 f., S. 18.

I. Privatvertragliches Demarkationssystem

1. Demarkationsverträge

a) Bereits vor Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes im Jahre 1935 und schon vor dem maßgeblichen Eintritt der Kommunen in die versorgungswirtschaftliche Betätigung trafen die EVU zum Schutz vor Konkurrenz Gebietsabsprachen mit der wechselseitigen Verpflichtung, die Versorgungstätigkeit im jeweils anderen Gebiet zu unterlassen.³⁾ Bereits hier ist auf die für die Gebietskörperschaften entscheidende Konsequenz hinzuweisen, daß sie Konzessionsverträge für das zunächst horizontal (also zwischen EVU gleicher Stufe) demarkierte Gebiet nur mit dem für dieses Gebiet vertraglich zuständige EVU abschließen können.

b) Im Zuge des großräumigen Ausbaus der Energieversorgung wurden auch Gebietsvereinbarungen zwischen den EVU der regionalen Erzeuger- bzw. Verteilerstufe. sogenannte vertikale Demarkationsverträge abgeschlossen. Darin verpflichtet sich das EVU der Erzeugerstufe in dem vertragsgegenständlichen Gebiet, nur das Verteiler-EVU und kein drittes zu beliefern. Das Verteilerunternehmen verpflichtet sich darin, außerhalb des demarkierten Gebietes keine Versorgungsanschlüsse einzurichten.^{3 a)}

3) Statt vieler Evers, Energieversorgung, S. 151; zu den häufig rein zufälligen Gebietsabgrenzungen und ihrer der optimalen Nutzung der beschränkten energiewirtschaftlichen Ressourcen, insbesondere der beschränkten räumlichen Möglichkeiten nicht förderlichen Wirkung, sowie zum geringen Verständnis der Öffentlichkeit Dehner, Kartellaufsicht und Fachaufsicht, S. 33.

3 a) Dazu Bartlsperger, DVBl. 1980, S. 249 ff., 253.

2. Diese - übereinstimmend privatrechtlich beurteilten⁴⁾ - Verträge sind mitursächlich für die vorliegende rechtspolitische Problematik, ob Gemeinden beim Abschluß von Konzessionsverträgen die durch Demarkationsverträge selbst herbeigeführte Bindung der als Vertragspartner vorgesehenen EVU unter ordnungspolitischen Gesichtspunkten weiterhin zu beachten haben sollten oder nicht. Gegenwärtig ist die Gebietsstruktur im wesentlichen nur von den privatrechtlichen Gebietsabsprachen der EVU bestimmt, zumal die Gemeinden diese Selbstbindung beim Abschluß von Konzessionsverträgen akzeptieren müssen. Es bleibt daher unter dem Aspekt der Neuordnung zu untersuchen, welche Möglichkeiten und Formen der Einflußnahme auf die Gebietsstruktur den Kommunen sinnvoller Weise zugebilligt werden sollten.

II. Konzessionsvertragliche Folgeregelungen

1. Die Praxis der Konzessionsverträge als Verwaltungsinstitution

Die wichtigste Funktion der Konzessionsverträge besteht nach herkömmlicher Betrachtung darin, daß die Gemeinden einem EVU die ausschließliche wegerechtliche Nutzungserlaubnis zur Verlegung von Versorgungsleitungen einräumen.⁵⁾ Die kommunalen Gebiets-

4) Büdenbender, Energierecht, RdzF. 553; Evers, Energieversorgung, S. 152.

5) Scholz, Gebietsreform, S. 12 f.; Bartlsperger, Werbenutzungsverträge, S. 32 ff., 32; insbesondere Stern, AÖR 84 (1959), S. 137 ff., 143 f.

körperschaften nehmen damit eine der Möglichkeiten zur Ausübung der ihnen zustehenden Energieversorgungscompetenz wahr. Neben (öffentlichrechtlich oder privatrechtlich organisierten) Eigenunternehmen der Gemeinde, gemischtwirtschaftlichen Unternehmen unter kommunaler Beteiligung sowie gemischtwirtschaftlichen beliebigen Unternehmen können auch private regionale EVU die Energieversorgungsaufgabe übernehmen.⁶⁾ Der Konzessionsvertrag übt dabei - unter Verzicht der Gemeinde auf die eigene Wahrnehmung der Energieversorgungscompetenz - die Funktion eines Ordnungsinstruments zur Durchsetzung der Selbstverwaltungsaufgabe Energieversorgung aus. Im vorliegenden Zusammenhang sind aus der Reihe der in Konzessionsverträgen enthaltenen gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen neben der wegerechtlichen Nutzungserlaubnis nur noch die Leistungspflicht des EVU, die von diesem zu erbringende Konzessionsabgabe und die Ausschließlichkeits- oder Gebietsschutzklausel von Bedeutung. Auf sie wird ebenso wie auf die Folgekostenklausel für Fälle der straßenrechtlich veranlaßten Veränderung von Energieversorgungsleitungen im jeweiligen Zusammenhang einzugehen sein.

2. Vollzugsgeschäft für Demarkationen

Die praktische wie dogmatische Schwäche der bisherigen konzessionsvertraglichen Übung liegt in der traditionellen Anknüpfung der Straßenbenutzungs-

6) Zu dieser Einteilung Scholz, Gebietsreform, S. 39 f.

titel an das Wegeeigentum der Gemeinden. Die Hauptfunktion der Verträge wurde in der Erteilung der wegerechtlichen Nutzungsbefugnis gesehen. "Konzessionen" kommen aber de lege lata nur für bereits privatautonom demarkierte Gebiete in Betracht, für die die EVU ein Wegebenutzungsrecht zu erlangen suchen. Dadurch gerät der Konzessionsvertrag in der gegenwärtigen Praxis in den institutionellen Status eines nur benutzungsrechtlichen Vollzugsgeschäfts für die privatvertraglichen Demarkationsregelungen der Versorgungsunternehmen. Er ist daher Hindernis auf dem Weg zu einer umfassenden öffentlichrechtlichen Straßen- und Versorgungshoheit.

Da den Konzessionsverträgen aber neben straßenrechtlichen - wie noch zu behandeln sein wird - auch energiewirtschaftliche, kommunalwirtschaftliche und wettbewerbsrechtliche Funktionen zukommen, ist der Privatrechtsvorbehalt aus den Straßengesetzen für den konzessionsvertraglichen Gegenstand im Lichte hoheitlicher Ordnungsfunktionen bereits de lege lata überholt.

Der einzigen nicht unmittelbar durch die kommunalen Gebietskörperschaften selbst ausgeübten Form der Energieversorgungscompetenz⁷⁾ fehlt damit der Charakter der Inpflichtnahme der privaten Unternehmen für die umfassende Selbstverwaltungsaufgabe aus dem Bereich der Daseinsvorsorge.

Gestützt wird das bisherige System maßgeblich vom Konzept des für alle Unternehmen der Energieversorgung nach § 2 Abs. 2 EnWG einschlägigen Energiewirtschaftsgesetzes.

7) Siehe Fußnote 6.

III. Konzeption des Energiewirtschaftsgesetzes bezüglich der Gebietsregelung

1. Die Entstehungsgeschichte des EnWG bis zum Jahre 1935

Dieser für alle Unternehmen der Energiewirtschaft zentrale wirtschaftsrechtliche und noch heute in den tragenden Grundlinien gültige Ordnungsrahmen verdankt seine Entstehung mehr historischen Zufälligkeiten als einer konstruktiv und teleologisch klaren Intention. Zum Verständnis der ordnungspolitischen Grundaussagen des Energiewirtschaftsgesetzes ist daher kurz auf die Entstehungsgeschichte des EnWG seit der nationalsozialistischen Machtübernahme einzugehen.

- a) Zunächst ist festzuhalten, daß die Entwicklung in der Elektrizitätswirtschaft zu Beginn dieses Jahrhunderts Ausdruck einer fachübergreifenden Tendenz im gesamten Verwaltungsrecht war. Bereits in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts setzte in Konsequenz liberalstaatlicher Auffassung die Entpolizeilichung hoheitlicher Verwaltungskompetenzen ein.⁸⁾ Dies führte in Anlehnung an die preußisch-rechtliche Tradition zu einer Fiskalisierung öffentlicher Agenden, die Aufgaben der kommunalen Leistungsverwaltung mußten daher zunehmend in privatrechtlichen Formen erfüllt werden.

Darüber hinaus ist die Elektrizitätswirtschaft ein hervorragendes Beispiel für die Aushöhlung des kommunalen Aufgabenbereichs durch den zu-

8) Dazu Bartlsperger, Werbenutzungsverträge, S. 56 ff. und 59 ff.; ders., DVBl. 1980, 249 ff., 256.

nehmenden Einfluß ständischer und korporativ
gefaßter Organisationen /^{sowie} staatlicher Sonder-
behörden, ^{für} die Streitigkeiten zwischen den Fach-
ressorts und den Kampf der Privatwirtschaft um
wirtschaftliche Besitzstände.⁹⁾

Die Situation in der Energiewirtschaft¹⁰⁾ im
Zeitpunkt der nationalsozialistischen Macht-
ergreifung war durch einige prägende Faktoren
gekennzeichnet, die auch die Auseinandersetzung
bis zur Verabschiedung des EnWG 1935 bestimmten.
Dazu gehört zunächst die durch technischen Fort-
schritt begünstigte Tendenz zur Entwicklung von
privatwirtschaftlich arbeitenden Großunternehmen,
die im regionalen Raum geschlossene Versorgungs-
gebiete aufzubauen suchten.¹¹⁾ Die gemeindliche
Position war durch Finanzknappheit erheblich ein-
geschränkt und wurde im übrigen von Seiten der
privaten Wirtschaft heftig angegriffen. Hatte
schon die 1919 zwar gesetzlich verfügte, aber
nie vollzogene Sozialisierung der Elektrizitäts-
wirtschaft¹²⁾ zu einer Grundsatzkontroverse zwi-
schen kommunaler und privater Wirtschaft geführt,
so wurde die Neuordnung der Energiewirtschaft als-
bald nach der Machtergreifung erneut Gegenstand
heftiger Diskussion.

9) Zum folgenden ausführlich Matzerath, National-
sozialismus, S. 392 ff. sowie Friedrich, Der
Weg zum EnWG, S. 61 ff.

10) Grundlegend zur Lage bis 1930 Siegel, Elektrizitäts-
gesetzgebung, Bd. 1.

11) Matzerath, Nationalsozialismus, S. 392.

12) Gesetz vom 13.12.1919 (RGBl. 1920, S. 19).

Entscheidend für die spätere Entwicklung wurde ein vom Wirtschaftsministerium im Juni 1933 in Auftrag gegebenes Gutachten, das von der AG für Öffentliche Elektrizitätswirtschaft - eine von den Großkonzernen 1928 gegründete Studiengesellschaft - erstellt, von den Direktoren mehrerer Großversorgungsunternehmen ausgearbeitet und Ende 1933 dem Wirtschaftsministerium vorgelegt wurde.¹³⁾ Es lehnte eine Verstaatlichung zwar ab, empfahl aber im Interesse der Verfasser in ausgesprochen antikommunaler Tendenz "eine Aufteilung der Elektrizitätsversorgung unter sechs bis acht Konzerne".¹⁴⁾

- b) Das Projekt zur Neuordnung der Energieversorgung war damit bereits in ein Verfahren getreten, in dem die Rivalität einzelner Ministerien, die Wahrung wirtschaftlicher Besitzstände, die Interessenvertretung seitens der Versorgungswirtschaft und politische Erwägungen bestimmender für das Ergebnis sein mußten, als zweckrational und dogmatisch ausgewogene Konzepte für die Praxis. So war der Deutsche Gemeindetag durch das Gutachten der Energiewirtschaft veranlaßt, eine gegengutachtliche Denkschrift¹⁵⁾ noch im Dezember 1933 den betreffenden Ministerien vorzulegen. Im vorliegenden Zusammenhang bedeutsam erscheint die Forderung der Gemeinden nach Aufrechterhaltung der dezentralen Verteilerorganisation.

13) Matzerath, Nationalsozialismus, S. 395.

14) Mayer, Elektrizitätswirtschaft, S. 35; Friedrich, Der Weg zum EnWG, S. 62 f.

15) Die Neugestaltung der deutschen Elektrizitätswirtschaft - Vorschläge des großdeutschen Gemeindetages, 1934; Friedrich, Der Weg zum EnWG, S. 64 f.

Dieser Gesichtspunkt fand sich zwar in einem von der Partei kurz darauf erstellten Gutachten^{15 a)} wieder, nicht aber in dem vom Reichswirtschaftsministerium Ende 1934 vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft.¹⁶⁾

- c) Entscheidend für die Konzeption des späteren EnWG sollte sich der Ausbau der ständischen Organisation zu einer nationalsozialistisch korporierten Energiewirtschaft im Jahre 1934 auswirken.^{16 a)} Mit der Integration der deutlich antikomunal eingestellten Reichsgruppe Energiewirtschaft^{16 b)} in die Organisation der gewerblichen Wirtschaft wurde sie - unter Ausschaltung der Energiewirtschaftlichen Spitzengruppierungen - zur führenden Organisation.¹⁷⁾ Überdies machte der Reichswirtschaftsminister von der Korporierung, einer der institutionellen Möglichkeiten der Einbindung Privater in die staatliche Organisation, Gebrauch. Von Korporation oder auch berufsständischer Gliederung

15 a) "Bericht über Aufgaben der Elektrowirtschaft", erstattet von der Abteilung Elektrizität der Unterkommission III b der Politischen Zentralkommission der NSDAP; dazu Friedrich, Der Weg zum EnWG, S. 63 f.

16) Matzerath, Nationalsozialismus, S. 396 f.

16 a) Zu dem am 27.2.1934 verkündeten Gesetz zur Vorbereitung des organischen Aufbaus der deutschen Wirtschaft vgl. Friedrich, Der Weg zum EnWG, S. 65 ff.

16 b) Zu deren Gründung am 5. Juni 1934 siehe Friedrich, Der Weg zum EnWG, S. 68.

17) Matzerath, Nationalsozialismus, S. 397.

spricht man, wenn Gruppen und Verbände der Gesellschaft in staatlich-organmäßige Form überführt werden, um sie dadurch unmittelbar an staatlichen Entscheidungsprozessen teilhaben zu lassen oder sie direkter zur Erfüllung von Staatszwecken einsetzen zu können.¹⁸⁾ So wurde die Reichsgruppe Energiewirtschaft am 20.10.1934 vom Reichswirtschaftsminister als einzige Vertretung ihres Wirtschaftszweiges und mit Zwangsmitgliedschaft aller auf diesem Zweig tätigen Unternehmen anerkannt^{18 a)} und erhielt mit Verordnung vom 30.7.1934¹⁹⁾ faktisch Aufsichtsfunktionen und hoheitliche Befugnisse zuerkannt. In der Korporierung dürfte einer der Gründe zu sehen sein, warum die Notwendigkeit staatlicher Gebietsregulierung beim späteren Erlass des EnWG nicht gesehen wurde. Mit der Einordnung der Unternehmen in die Reichsgruppe Energiewirtschaft glaubte man offensichtlich, hoheitlichen Einfluß umfassend und ausreichend institutionell verankert zu haben.

- d) Die schlechte Lage der Kommunen in der Zeit kurz vor der Verabschiedung des EnWG läßt sich noch an zwei weiteren Vorgängen exemplarisch belegen.

18) Zu den korporativen Modellen Krautzberger, Erfüllung, S. 109 ff., 109 ; zur Kollision mit dem damals bereits sinnentstellten Begriff Selbstverwaltung und dem dadurch gestörten Verhältnis zwischen Verbandsfunktionen und staatlicher Aufsicht Esenwein/Rothe, Wirtschaftsverbände, S. 49.

18 a) Dazu Friedrich, Der Weg zum EnWG, S. 83; vgl. auch Esenwein/Rothe, Wirtschaftsverbände, S. 44.

19) RGB1. I, S. 763.

Zum einen versuchten die Konzerne mit einer Tendenz zur Polarisierung gegenüber den Gemeinden angesichts des bevorstehenden EnWG in großem Umfang Konzentrationsbestrebungen zu realisieren. Die Finanznot der Gemeinden, insbesondere bezüglich Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen, erleichterte es den Konzernen, etliche gemeindliche Werke zu erwerben. Diese für die Kommunen bedrohliche Entwicklung veranlaßte das Innenministerium auf Betreiben des Deutschen Gemeindetages einen "Schutzerlaß"²⁰⁾ zu verfügen, mit dem - auch erreichten - Ziel, den Abschluß neuer Verträge zu verhindern. Als eine der vordringlichsten Aufgaben jedes Gemeindeleiters wurde die Wahrung und Sicherung eines angemessenen Einflusses der Gemeinden und Gemeindeverbände bei der Energieversorgung bezeichnet. Offen ließ der Runderlaß allerdings die längerfristige Sicherung des kommunalen Einflusses auf die örtliche Energieverteilung. Einher mit diesem Erfolg für die Gemeinden ging aber eine erweiterte Aufsichtsführung bezüglich des konzessionsvertraglichen Verhaltens.

Der zweite, das Gesetz noch mitprägende Vorgang war eine am 12.10.1935 dem Innenminister und dem Stellvertreter des Führers vorgelegte Denkschrift auf der Vorlage eines Entwurfs des Deutschen Gemeindetags. Diese Schrift über die "grundlegende Neuregelung der deutschen Energiewirtschaft" sprach sich u.a. gegen "die fortgesetzte Atomisierung der Gemeindeverwaltung als Selbstverwaltung ..." sowie

20) Runderlaß des Reichs- und Preußischen Ministers des Innern vom 15.8.1935 (V Wi 22 III/35), Ministerialblatt für die Preußische Innere Verwaltung vom 28.8.1935; zum Inhalt auch Friedrich, Der Weg zum EnWG, S. 88 ff.; zum ganzen detaillierter Matzerath, Nationalsozialismus, S. 398 f.

gegen "die fortgesetzte Aushöhlung des gemeindlichen Aufgabengebiets durch Wegnahme einzelner mit der Gemeinde unlösbar zusammenhängender Aufgaben ..." aus.²¹⁾

Dies führte zwar zu einer Neufassung des Gesetzesentwurfs mit einzelnen Verbesserungen für die Gemeinden, indem etwa das Einvernehmen des Wirtschaftsministers mit dem Innenminister für Aufsichtsmaßnahmen, die die Gemeinden betrafen, in einem neuen § 1 vorgesehen wurde.

Dennoch bedeutete das EnWG vom 13.12.1935²²⁾ einen tiefen Eingriff in die Autonomie der Kommunen auf wirtschaftlichem Sektor.²³⁾

Dies wird auch erklärlich, wenn man unter modelltheoretischer Betrachtung die maßgebliche Zwecksetzung des Gesetzes untersucht. Diese ergibt sich bereits aus der amtlichen Begründung zum EnWG,^{23 a)} wonach die Aufgabe der Energiewirtschaftsführung in der Erfüllung von drei Grundforderungen der Volkswirtschaftspolitik besteht: Möglichst wirtschaftliche Produktion, möglichst soziale Verteilung des Produktionsertrages und möglichste Sicherstellung der Energieversorgung. Dieses Gesetzesziel der sicheren und preiswerten Versorgung läßt sich darüber hinaus sowohl der Präambel als auch den

21) So zitiert bei Matzerath, Nationalsozialismus, S. 400.

22) RGBl. I, S. 1451; zu der das Gesetz ankündigenden und dessen Grundgedanken umreißenen Rede des Reichsbankpräsidenten Dr. Schacht vom 27.9.1935 vgl. Friedrich, Der Weg zum EnWG, S. 89 ff.

23) Matzerath, Nationalsozialismus, S. 401; aus damaliger Sicht: Krecke, Das Energiewirtschaftsgesetz und die Gemeinden, in: Friedrich, Der Weg zum EnWG, S. 120 ff.

23 a) Reichsanzeiger Nr. 297 v. 20.12.1935.

Vorschriften über die Investitionskontrolle und über die Betriebserlaubnis der §§ 4 bis 9 EnWG entnehmen.

Daraus wird die im wesentlichen volkswirtschaftliche ^{und} versorgungspolitische Konzeption des Gesetzes ersichtlich, die für den unbefriedigenden Rechtszustand der Gegenwart verantwortlich ist.

Abschließend bleibt festzustellen, daß das EnWG - mit Ausnahme weniger gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstoßender, hier aber nicht interessierender Vorschriften - heute gemäß Art. 123, 125 i.V.m. 74 Nr. 11 GG als Bundesrecht fortgilt.

2. Die Energieaufsicht

Der Kernbereich der Neugestaltung war die Unterordnung der gesamten Energiewirtschaft unter die Aufsicht des Staates.

- a) Im einzelnen gehören zur Staatsaufsicht²⁴⁾ Kompetenzen zur Informationsbeschaffung der Energieaufsichtsbehörden nach den §§ 3, 4 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4²⁵⁾ i.V.m. der dritten DVO und deren Ausführungsbestimmungen.

24) Zum Inhalt der Energieaufsicht näher Henkel, Staatsaufsicht, S. 50 ff.; Hammer, DÖV 1973, S. 594 ff.; Eiser-Riedere; Obermolte-Danner, Energiewirtschaftsrecht, I EnWG § 1 Anm. 3 c Monopolkommission, Hauptgutachten I, S. 407 ff., 408, über die wesentlichen fachaufsichtlichen Instrumentarien und ihre Bedeutung in der Praxis: Dehner, Fachaufsicht, S. 23 ff.

25) §§ ohne Angaben sind im folgenden solche des EnWG.

Wesentlicher im vorliegenden Zusammenhang sind aber die Kompetenzen zur Einflußnahme auf Unternehmen und wirtschaftliches Geschehen, wie etwa das im Rahmen der Investitionskontrolle bestehende Beanstandungs- und Untersagungsrecht nach § 4 Abs. 2, die Genehmigungsregelung bei Betriebsaufnahme nach § 5 Abs. 1, die Anordnungsbefugnis zur Anschluß- und Versorgungspflicht nach § 6 Abs. 4, die Vorschriften zur Betriebsuntersagung ("Abmeierung") der §§ 8 und 9 sowie die Befugnisse des § 13 Abs. 2 EnWG auf dem Gebiet der technischen Sicherheit.

Systematisch gehören hierher auch die Befugnisse der §§ 7 und 12 EnWG, deren Bedeutung schon allgemein, insbesondere im vorliegenden Kontext aber unbedeutend ist.

- b) Unter konzeptioneller Sicht läßt sich feststellen, daß sich sämtliche aufsichtlichen Maßnahmen auf reagierenden Gehalt gegenüber einer vorgefundenen²⁶⁾ Gebietsstruktur beschränken. Diese dogmatisch bereits im Wesen der Staatsaufsicht begründete Wirkungsnatur läßt also das privatautonome Vertragsgefüge prinzipiell unberührt. Darin liegt auch der bedeutsame rechtspolitische Verzicht auf eine öffentlichrechtliche Konzessionierung der EVU für

26) Zur vorgefundenen monopolistischen Struktur auch Monopolkommission, Hauptgutachten I, S. 382 ff., 407 f.

ein bestimmtes Versorgungsgebiet.²⁷⁾ Das EnWG verhält sich auf dem Sektor der konzessionsvertraglichen Autonomie sowohl gegenüber der Pflichtenstellung der EVU als auch gegenüber der Versorgungsaufgabe der Gebietskörperschaften neutral. Dies liegt mindestens auch an der stark volkswirtschaftlichen Ausrichtung des Gesetzes, die für die Aufrechterhaltung eines privatautonomen Regelungssystems offen ist (siehe § 6 Abs. 1 EnWG), solange keine volkswirtschaftlich evidenten Schädigungen zu befürchten sind.

Infolgedessen gehört die Konzessionierung von EVU jedenfalls nicht zur Kompetenz der Aufsicht,²⁸⁾ vielmehr ist die konzessionsvertragliche Gestaltungsmacht auch über die gebietsstrukturellen Auswirkungen den Vertragsparteien selbst überlassen.

Dem sachlich-rechtlichen Gehalt nach beschränkt sich die im EnWG vorgesehene Wirtschaftsaufsicht auf die Verhinderung einer mißbräuchlichen Ausnutzung der sowohl volkswirtschaftlich als auch betrieblich-technisch bedingten besonderen Marktstellung dieses Wirtschaftszweiges. Sie enthält aber keinerlei Kompetenzen für die zur Erfüllung der Aufgabe der örtlichen Energieversorgung nötige Indienstnahme der

27) Bartlsperger, DVBl. 1980, S. 249 ff., 253.

28) Scholz, Gebietsreform, S. 40 ff., 41 ff.; so auch - trotz anderer Auffassung zur beliebigen Wirtschaftstätigkeit - Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 581.

EVU seitens der Kommunen.

- c) Das Energiewirtschaftsgesetz enthält sich damit auch jeglicher Gestaltungswirkung selbst bezüglich ortsspezifischer energiewirtschaftlicher Belange bei Abschluß, Vollzug oder Kündigung von Konzessionsverträgen. Es nimmt auch zur Rechtsnatur der Indienststellung der EVU bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben keine Stellung. Daher kann auch der Auffassung von Immenga nicht zugestimmt werden, der die Berechtigung von Konzessionsverträgen mit der Begründung in Frage stellt, daß deren Wirkung grundsätzlich auch durch energieaufsichtliche Maßnahmen nach den §§ 4 und 5 EnWG erreicht werden könne.²⁹⁾ Er hat dabei allenfalls die wettbewerbsausschließende Wirkung der Verträge im Auge, der das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die Ausnahmeregelungen des § 103 GWB Rechnung getragen hat. Nach gegenwärtiger Rechtslage erfährt der gegenständliche Vertragsbereich nicht nur energiewirtschaftsrechtliche, sondern auch kartellrechtliche Reglementierungen. Diese zweifache und getrennte gesetzliche Behandlung des Vertragsgeschehens hat seinen Grund darin, daß das EnWG keine Bestimmungen gegen ungerechtfertigte Beschränkungen des Wettbewerbs enthält. Andererseits muß den in der Versorgungswirtschaft vorliegenden besonderen Wettbewerbsverhältnissen (fehlende Speicherbarkeit, Leitungsgebundenheit, hohe Kapitalintensität und technisch bedingte Monopolversorgung) auch kartellrechtlich Rechnung getragen werden. Die wettbewerbsrechtlichen Bedenken werden de lege lata durch die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Verträge relativiert, die die Grundlage

29) Immenga, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 282.

für eine geregelte und preiswerte Versorgung bilden.

Jedenfalls muß auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht eingeräumt werden, daß die Reichweite mindestens der Demarkationsvereinbarungen über die der staatlichen Aufsicht hinausgeht und letztere nicht initiativ tätig werden kann. Dabei wird allerdings auch der de lege lata zu konstatierende dienende Vollzugscharakter der Konzessionsverträge übersehen.³⁰⁾

- d) Wie aus der Entstehungsgeschichte des EnWG bereits ersichtlich wurde, gelang es nicht, die Berücksichtigung elementarer Belange der gemeindlichen Selbstverwaltung auf dem Gebiet der Energieverteilung in dem Gesetz zu verankern. Vielmehr wurde durch die zentralistische und rein volkswirtschaftliche Orientierung des Gesetzes der kommunale Aufgabenbereich weiter ausgehöhlt. Das Bedürfnis der örtlichen Gemeinschaft nach angemessenem kommunalem Einfluß auf die örtliche Energieverteilung im Sinne der anderen Aufgaben der Selbstverwaltung, wie etwa Wirtschaftsförderung, Industrieansiedlung und Gestaltung der Infrastruktur, wurde ohne Begründung vernachlässigt. Statt die kommunale Versorgungskompetenz als Ausfluß der Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen stärker - etwa durch Beteiligung an Aufsichtsmaßnahmen - zu würdigen und die Gemeinden an den versorgungswirtschaftlichen Entscheidungen angemessen zu beteiligen, wurden die kommunalen Aufgaben auf andere Träger ver-

30) Immenga, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 282 f.; zur Verbesserungswürdigkeit des gegenwärtigen energiewirtschaftlichen Instrumentariums auch Dehner, Fachaufsicht, S. 32; vgl. dazu auch Gesetzesmaterialien, Begründung des Regierungsentwurfs zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Drucksache II/1158.

teilt bzw. blieben sie unberücksichtigt.

Die in der Nachkriegszeit ihrer traditionellen Bedeutung entsprechend neu gewürdigte Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen vermochte nicht, ihren Anspruch auch im energiewirtschaftlichen Sektor zu verwirklichen. Dies mag auch daran liegen, daß in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist, ob und in welchem Umfang die Durchführung der örtlichen Energieversorgung zu den verfassungsrechtlich geschützten Belangen der Gemeinden im Sinne des Art. 28 Abs. 2 gehört. Während die Versorgungsunternehmen überwiegend zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung gerechnet werden, wird eine gemeindliche Versorgungskompetenz verschiedentlich abgelehnt.³¹⁾

Unabhängig von der Frage, ob sich aus der Bejahung einer verfassungsrechtlich gewährleisteten Versorgungskompetenz ergibt, daß sie auch in öffentlich-rechtlicher Form erfolgen muß, bzw. ob nur die Verteilung oder auch die Erzeugung erfaßt ist, kann festgehalten werden, daß die - Versorgungsaufgaben wahrnehmenden - Konzessionsverträge im derzeitigen System nicht die ihnen gebührende Lenkungsfunktion innehaben. Vielmehr vollzieht sich die Versorgungsbietsgestaltung zwar durch kommunalen Vertragsabschluß, aber ohne Wahrnehmung der Selbstverwaltungskompetenz oder die Wahrnehmung raumordnerischer Zwecke

31) Bejahend statt vieler Scholz, Gebietsreform, S. 37 m.w.N.; zum Streitstand ausführlich auch Büdenbender, Energierecht, Rdzif. 973 m.w.N. in Fußnote 7 und 8; eine ausdrückliche landesverfassungsrechtliche Zurechnung der Energieversorgung zum eigenen Wirkungskreis enthält nur Art. 83 BV. Insbesondere unter dem Licht des Art. 152 BV, der die Versorgung zur Staatsaufgabe erklärt, ist für Art. 83 BV umstritten, ob er ein originäre Versorgungsrecht der Gemeinde statuiert oder lediglich eine besondere kommunale Kompetenz, einen reibungslosen Ablauf der Versorgung zu gewährleisten. In diesem Sinne wohl Depenbrock, Stellung, S. 75.

So können die Kommunen in den Konzessionsverträgen keine der oben genannten Selbstverwaltungsbelange einbringen, da sie an die vorgegebene Gebietsstruktur gebunden sind. Ebenso wenig kann die Gemeinde Angelegenheiten der gemeindlichen Raumplanung in den Verträgen berücksichtigen.³²⁾

- e) Ebenfalls als Ausfluß zentralstaatlicher Wirtschaftsordnung ist es zu verstehen, wenn dem gesetzlichen Hauptzweck der Versorgungssicherheit absoluter Vorrang vor effektiver Gebietsgestaltung eingeräumt wird. Nach heutigem Staatszweckverständnis ist bei Zielkonflikten dieser Art eine harmonisierende Lösung mit dem Zwang zu einvernehmlicher Entscheidung durchzuführen.

Wenn beispielsweise energiewirtschaftliche, raumplanerische und kommunalrechtliche Belange - entgegen der Zielbestimmung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 ROG - einander widersprechen, so ist eine rechtliche Kollisionslösung zu ermitteln.³³⁾

3. Fehlende Vorrangregelung bei Vertragskollision

- a) Da nach überwiegender Auffassung auch der Konzessionsvertrag in der heutigen Form der Rechtsnatur nach privatrechtlich bewertet wird,³⁴⁾ würde der
-

32) Bartlsperger, DVBl. 1980, S. 254; Scholz, Gebietsreform, S. 43.

33) Scholz, aaO.

34) Bettermann, Gebietsreform, S. 57; Braun, Gebietsreform, S. 15; Fischerhof, DÖV 1957, S. 305 ff., 308 f.; Krömer, Probleme, S. 9 ff.; Maunz, VerwArch 50, 1959, S. 315 ff., S. 337; Nesselmüller, Einwirkungsmöglichkeiten, S. 90 f.; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 59 III b 3; aus der Rechtsprechung: BGHZ 15, 113 ff., 115 f.; BVerwGE 22, 203 ff., 206 in einem obiter dictum.

gemeindliche Versuch, einen vom bestehenden Demarkationssystem abweichenden Konzessionsvertrag abzuschließen lediglich zur Kollision zweier privatrechtlicher Verträge führen, die sich bezüglich der Versorgungspflichten und -rechte gegenseitig behindern würden.³⁵⁾ Das konzessionierte Unternehmen wäre trotz Benutzungsrechtstitels durch die Demarkierung an der Versorgung gehindert. Dem aus dem Demarkationsvertrag versorgungsberechtigten Unternehmen fehlte der erforderliche Benutzungstitel.³⁶⁾

Für diese Kollisionslage hat das EnWG keine ordnungspolitische Vorrangregelung getroffen und stützt damit mittelbar die Verfestigung der für die Gemeinden insbesondere nach der Gebietsreform teilweise unbefriedigenden Zustände.

Demgegenüber stellen die aufsichtlichen Befugnisse der Rationalisierungs- bzw. Investitionskontrolle nach § 4 EnWG sowie der Betriebsuntersagung ("Abmeiierung") nach § 8 EnWG nur fragmentarische Regelungen mit anderer Zielrichtung mittelbarer Art dar, die für die vorliegende Situation keine gesetzgeberische Entscheidung im Sinne einer Harmonisierung enthalten.

- b) Der gegenwärtige Rechtszustand führt auch zu wenig erfreulichen prozessualen Hindernissen.

Aufgrund der bestehenden Rechtslage kann eine Gemeinde ihre Ansprüche auf Einstellung der Versorgung sowie auf Übergabe bzw. Beseitigung der bestehenden Altanlagen nur mit der Feststellungsklage, nicht aber mit der Leistungsklage geltend machen. Die Einstellung der Versorgung kann die Gemeinde deshalb nicht erzwingen, weil ein Verbot an das beliefernde Unternehmen, die Bevölkerung mit Strom

35) Tegethoff-Büdenbender-Klinger, Energieversorgung, § 6 EnWG, Anm. 1, RdNr. 31 ff.

36) Bartlsperger, DVBl. 1980, S. 254.

zu versorgen, dem Zweck der Vorschrift des § 6 Abs. 1 EnWG widersprechen würde, nach der für das beliefernde Unternehmen eine Anschluß- und Versorgungspflicht besteht. Außerdem kann die Durchsetzung eines zur Beseitigung von Stromversorgungsanlagen verpflichtenden Urteils im Vollstreckungswege durch eine Entscheidung der Energieaufsichtsbehörde gemäß § 4 EnWG vereitelt werden.

De lege lata ist daher nur die Feststellungsklage das geeignete Mittel, um Klarheit über das Rechtsverhältnis zwischen den Gemeinden und den noch versorgenden EVU herbeizuführen.

IV. Weitere Säulen des bestehenden Systems

1. Straßenrecht als traditioneller Anknüpfungspunkt für die Einräumung von Versorgungsrechten

- a) Die EVU sind für die Verlegung von Versorgungsleitungen auf die Benutzung öffentlicher Straßen und damit auf einen Benutzungstitel seitens der Gemeinde als Wegeeigentümerin und als Straßenbaulastträgerin angewiesen. Die Zweispurigkeit der Benutzungsregelung, die in den geltenden Straßengesetzen zum Ausdruck kommt, wird weder dogmatischen noch praktischen Bedürfnissen gerecht. Die dualistische Konstruktion der - mindestens teilweisen - Überlagerung des grundsätzlich auch an öffentlichen Sachen vorhandenen Eigentums durch die widmungsmäßig definierte Zweckbestimmung ist schon heute überholt.³⁷⁾ Abgesehen davon, daß der in den Straßengesetzen (vgl. z.B. § 8 Abs. 10 Fernstraßengesetz (FStrG)) verankerte Privatrechtsvorbehalt die grundsätzlich öffentlich-rechtliche Benutzungsordnung in systemwidersprüchlicher Weise durchbricht,³⁸⁾ wohnt der dualistischen Struktur auch im übrigen keine Zweckrationalität inne.

37) Scholz, Gebietsreform, S. 65 ff., S. 65; Bartlperger, Bonner Kommentar, Art. 90, Rdnr. 36; ders., Verwaltungsleistung, S. 21 ff.; ders., Werbenutzungsverträge, S. 81 ff.; ders., DVBl. 1979, S. 1 ff. 4 f.; ders., Sachenrechtsverhältnis; ders., DVBl. 1980, 250; Marschall, Benutzung, S. 6.

Denn selbst als bloße Wegeeigentümerin handelt eine Gemeinde nicht völlig losgelöst von ihren öffentlichen Aufgaben bzw. öffentlichrechtlichen Bindungen.

Sie hat vielmehr auch dann die daseinsvorsorgerischen, straßenrechtlichen, gemeindewirtschaftsrechtlichen und energiewirtschaftsrechtlichen Zwecke zu berücksichtigen.³⁹⁾ Da Wegeeigentum und Straßenbaulast überdies regelmäßig zusammenfallen, ist die dualistische Konstruktion auch unter praktischen Gesichtspunkten obsolet.

- b) De lege lata bedürfen die EVU zur Leitungsverlegung eines straßenrechtlichen **Benutzungstitels**.

aa) **Rechtsbegrifflich** geht die Benutzung der Straßen bei der Verlegung von Versorgungsleitungen über den durch Widmung fixierten Gemeingebrauch (siehe § 7 FStrG) hinaus und ist daher Sondernutzung (vgl. § 8 Abs. 1 FStrG). Wenn diese Nutzung für Zwecke der öffentlichen Versorgung - wie regelmäßig - den Gemeingebrauch allenfalls für kurze Zeit beeinträchtigt, richtet sich die Nutzungsregelung nach Bürgerlichem Recht (§ 8 Abs. 10 FStrG und diesem Modell folgend die neuen Straßen- und Wegegesetze der Länder, vgl. § 23 BWStrG, § 20 HeStrG, § 23 NStrG, § 22 SaarStrG, § 28 SHStrWG sowie Art. 22 BayStrWG). Ursache für diesen Kompromiß waren die besonderen Wünsche der Versorgungswirtschaft, die in einer öffentlichrechtlichen Regelung eine Gefahr für die Ausgestaltung der konzessionsvertraglichen Rechtsbeziehungen sah.^{39 a)}

38) Bartlsperger, DVB1. 1980, S. 250.

39) Scholz, Gebietsreform, S. 65 ff., S. 65 f.

39 a) Dazu sowie zu den Plänen innerhalb der Entwurfsarbeiten zum FStrG, die gegenständlichen Wechselbeziehungen schlechthin dem öffentlichen Recht zuzuordnen vgl. Marschall, Benutzung, S. 8.

bb) Es bleibt allerdings festzuhalten, daß bereits nach geltender Rechtslage kein Anspruch eines EVU auf Erteilung der privatrechtlichen Wegebenutzungserlaubnis besteht. Dies liegt nicht etwa an einer bindungslosen Privatautonomie, da auch im verwaltungsprivatrechtlichen Bereich verfassungsrechtliche Schranken für die gemeindliche Betätigung bestehen. Es kann nicht rein eigentumsrechtlich verfahren werden. Es besteht vielmehr kein allgemeines Recht auf Fortführung oder Übernahme der Versorgungstätigkeit.

Ausfluß der verwaltungsprivatrechtlichen Betätigung der Kommunen ist allerdings, daß die Entscheidung über die Fortführung der Versorgungstätigkeit im pflichtgemäßen Ermessen der Gemeinde steht. Dem versorgenden EVU steht daher zwar kein subjektiv öffentliches Recht auf Erteilung der Versorgungsberechtigung, aber ein subjektiv öffentlicher Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch zu. Ermessenskriterien sind dabei alle öffentlichen Aufgaben der Gemeinde.⁴⁰⁾ Ein Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch der Gemeinde ist wegen § 6 Abs. 1 EnWG ausgeschlossen, § 1004 Abs. 2 BGB.

c) Die Systematik der Straßengesetze, auf deren dienende Funktion gegenüber Belangen der Energieversorgungs- und Gemeindewirtschaft noch einzugehen sein wird, war bisher nicht in der Lage, die Durchbrechung der öffentlichrechtlichen Benutzungsordnung für Bereiche der Leitungsverlegung zu rechtfertigen.

aa) Die rechtskonstruktive Schwäche des Privatrechtsvorbehalts liegt zunächst darin, daß es sich auch in diesem Fall um eine materiell öffentlichrechtliche Sondernutzung handelt (vgl. § 8 Abs. 1 FStrG).

40) Scholz, Gebietsreform, S. 68 m.w.N., S. 70.

Zum zweiten wird selbst aus der Betrachtung der Überlagerung des privaten Eigentums durch die öffentlichrechtliche Zweckbestimmung nicht ersichtlich, inwieweit für eine rein eigentumsrechtlich legitimierte Maßnahme Entscheidungsspielraum bestünde. Die bereits erwähnte Bindung der öffentlichen Hand auch im verwaltungsprivatrechtlichen Bereich führt dazu, daß ^{/Gemeinden} auch im Fiskalbereich zur Beachtung aller Aufgaben und Zwecke, die sie zu erfüllen haben, verpflichtet sind. Der Aufrechterhaltung der zweiseitigen Betrachtungsweise wohnt - zumindest aus der Sicht des Straßenrechts - keine vertretbare sachliche Rationalität mehr inne.

- bb) Man würde die aktuelle Bedeutung der Straße verkennen, wollte man auch heute noch ihre Hauptfunktion im zulassungsfreien Gemeingebrauch sehen. Die Bereitstellung öffentlicher Straßen ist entsprechend dem gewandelten Staatsverständnis als mehrfunktionale Verwaltungsleistung⁴¹⁾ zu qualifizieren. In ähnlicher, funktionsorientierter Betrachtung hat bereits Köttgen die öffentlichen Straßen als "evidentes Mehrzweckinstitut"⁴²⁾ erkannt. Als solches umfaßt der öffentliche Weg nicht nur Aufgaben der Straßenbaulast und des Straßeneigentums, sondern auch alle anderen daseinsvorsorgerischen Pflichten der Gemeinden, zu denen an vorderer Stelle die Sicherstellung der örtlichen Energieversorgung gehört.⁴³⁾ Dieser Auffassung wurde vielfach zugestimmt.⁴⁴⁾

41) Bartlsperger, Verwaltungsleistung, S. 11 ff., S. 11.

42) Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 34.

43) Scholz, Gebietsreform, S. 66.

44) Stern, VVDStRL 21 (1964), S. 183 ff., 213 ff.; Forsthoff, Lehrbuch, S. 395; Marschall, Benutzung, S. 1 ff., 1.

Trotz prinzipieller Zustimmung ist im einzelnen auch Kritik an der Mehrzwecktheorie dahingehend laut geworden,^{44 a)} daß sie in Detailfragen wenig hergäbe bzw. ihr praktischer Nutzen gering sei. Es wird sogar auf die Gefahr einer Umfunktionierung hingewiesen, da der Verkehrszweck der Straße in seiner tragenden Bedeutung unverändert fortbestünde. Die Praxis bedürfe einer präziseren Zweckdefinition, die als Element einer flexibleren Benutzungsordnung fallbezogene Toleranz für verkehrsfremde Nutzungen zeige.

Dieser Kritik ist insoweit beizupflichten, als die Vielzahl von Straßenverwendungsmöglichkeiten abstrakt nicht erfaßt werden kann. Der Sinn jener Theorie liegt aber auch wohl weniger darin, die kasuistische Vielzahl von Straßenzwecken unter einen gemeinsamen Nenner zu bringen oder eine einheitlich gültige Definition des Straßenzwecks zu finden. Vielmehr kam es ihr lediglich darauf an, auf die Polyvalenz der Verwendbarkeiten bzw. die Multifunktionalität der Zielbestimmungen des öffentlichen Wegs aufmerksam zu machen. Sie hat insbesondere nicht den Sinn - wie Mußnug offensichtlich befürchtete^{44 b)} - die administrative Bestimmungsgewalt über den Straßenzweck in Frage zu stellen. Darauf hinzuweisen, welche Kriterien innerhalb der Ermessensausübung bei der Sondernutzungsvergabe zu beachten sind, kann die Bedeutung dieser Theorie

44 a) Mußnug, Mehrzweckinstitut, S. 81 ff., 85 ff.

44 b) Mußnug, Mehrzweckinstitut, S. 95.

vielmehr nur unterstreichen.

Die Verlegung von Versorgungsleitungen stellt sich daher im wesentlichen nicht als ein eigentumsrechtlicher Vorgang, sondern als die Inanspruchnahme einer Verwaltungsleistung dar.⁴⁵⁾ Folgerichtig müssen als Vergabekriterien für eine Sondernutzungserlaubnis neben straßen- und straßenverkehrsrechtlichen Maßstäben insbesondere die ordnungsgemäße Erfüllung der übrigen öffentlichen Aufgaben der Gemeinde insoweit berücksichtigt werden, wie der öffentliche Weg diesen Aufgaben zu dienen bestimmt ist.⁴⁶⁾

- cc) Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, daß der Komplex des energiewirtschaftlichen Sonderrechts im straßenrechtlichen Bereich den umfassenden Aufgaben der Straßenhoheit in keiner Weise gerecht wird.⁴⁷⁾ Daraus entsteht das - im folgenden noch zu behandelnde - Bedürfnis nach einer der Mehrzweckinstitution öffentliche Straße angepaßten Benutzungsregelung, die sich auch an den speziellen Besonderheiten der jeweiligen Benutzungsvorgänge zu orientieren hat. Außerdem und insbesondere fällt dem Straßenrecht aber auch die gegenüber höherrangigen Interessen dienende Funktion zu, etwa den Bereich der Energieversorgung im öffentlichen Interesse zu ordnen. Bei der Verwirklichung dieser Ziele ist der straßenrechtliche Privatrechtsvorbehalt ein zu beseitigendes Hindernis.⁴⁸⁾

45) Bartlsperger, Verwaltungsleistung, S. 11.

46) Scholz, Gebietsreform, S. 69.

47) Bartlsperger, DVBl. 1980, S. 252; ders., DVBl. 1979, S. 1 ff.

48) Bartlsperger, aaO.

- d) Ebenfalls als Konsequenz des privatautonomen Vertragssystems und der dogmatischen Schwäche des Straßenrechtssystems stellt sich der problematische Bereich der Folgekosten⁴⁹⁾ dar. Darunter werden die Aufwendungen verstanden, die bei einer durch den Ausbau des Straßennetzes und im Zuge von Veränderungen öffentlicher Straßen erforderlichen Verlegung von Versorgungsleitungen entstehen. Im Rahmen des überkommenen Vertragssystems ist es nicht gelungen, diesen äußerst streitintensiven⁵⁰⁾ Bereich zwischen Straßenverwaltung und Versorgungswirtschaft befriedigend zu lösen.⁵¹⁾ Es wird noch zu erörtern sein, daß die Eliminierung des oben beschriebenen Privatrechtsvorbehalts und die Einführung einer gesetzlich fixierten Folgekostenregelung der einzig gangbare Lösungsweg zu sein verspricht.⁵²⁾
2. Ein weiteres tragendes Element des provisorischen Regelungskomplexes privatautonomer Gebietsabsprachen ist die wettbewerbsrechtliche Freistellung der Demarkations- und Konzessionsverträge vom Kartellverbot des § 1 GWB. An der damit erfolgten Sanktionierung der privatvertraglich und monopolistisch strukturierten Gebietsverteilung ändern auch die Anmeldepflicht nach § 103 Abs. 3 GWB i.V.m. § 9 Abs. 2 Satz 1 GWB und die Mißbrauchsaufsicht nach § 104 GWB nichts.

49) Dazu grundsätzlich Kodal, S. 530 ff. /Straßenrecht,

50) Eine umfassende Zusammenstellung jüngster höchst-
richterlicher Entscheidungen bringt Hoppe, Eingriffe,
Rechtsgutachten, S. 3.

51) Kodal, aaO, S. 525 f. und 532 ff.; Bartlsperger,
DVBl. 1980, 251 und S. 252 f., 255.

52) Bartlsperger, DVBl. 1980, S. 251; zu den damit ver-
bundenen Fragen auch Hoppe, Eingriffe, Rechtsgutach-
ten und ders., Eingriffe, DVBl. 1980, S. 260 ff.

Obwohl man den provisorischen Charakter dieser Freistellung erkannt hat,⁵³⁾ hat auch die inzwischen Gesetz gewordene vierte Kartellnovelle⁵⁴⁾ die ordnungspolitische Grundkonzeption unverändert gelassen. Die vielschichtige Problematik der öffentlichen Energieversorgung unter wettbewerbsrechtlichem Aspekt muß allerdings einer gesonderten Abhandlung überlassen bleiben.^{54 a)}

3. Schließlich sei noch auf die enteignungsrechtlichen Fehlentwicklungen hingewiesen, die mit dem tradierten Vertragssystem in Zusammenhang stehen. Enteignungen sind nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig (vgl. Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG). Mit dieser verfassungsrechtlichen Schranke ist es wohl nicht zu vereinbaren, wenn die Enteignung zugunsten privater EVU nur von den privatrechtlich geschlossenen Demarkationsverträgen abhängig gemacht wird, wie das bisher geschehen ist.

Im Rahmen der für die Zulässigkeit einer Enteignung notwendigen Erforderlichkeit des Vorhabens ist grundsätzlich eine einfachere und Grundeigentum weniger belastende Möglichkeit schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen und vorzuziehen. Wenn eine solche Lösung allerdings mit bestehenden Gebietsabgrenzungsvereinbarungen kollidiert, konzidiert die Rechtsprechung nach geltendem Recht den Demarkationsvereinbarungen eine Vorrangstellung mit der Folge, daß sich die betroffenen Grundeigentümer nicht mit Erfolg darauf berufen können, die Enteignung sei nicht erforderlich.⁵⁵⁾ Dieses Ergebnis ist weder mit energiewirtschafts-

53) Zum damaligen Stand der Reformüberlegungen Obernolte, DB 1975, S. 2165 ff.

54) v. 26.4.1980, BGBl. I, 458.

54 a) Zur Diskussion über die Notwendigkeit geschlossener Versorgungsgebiete unter kartellrechtlicher Sicht vgl. etwa Emmerich, Ausnahmebereich; Büdenbender, Energiewirtschaft, S. 207 ff. m.w.N.; Eiser-Riederer-Obernolte-Danner, Energiewirtschaftsrecht II, Kartellrecht; sowie statt vieler Scholz, Gebietsreform, S. 94 ff.

55) So aber noch BayVGh, BayVBl. 1976, S. 18 ff.

und kommunalrechtlichen, noch mit enteignungsrechtlichen Interessen vereinbar.

V. Zwischenbilanz

Die Darstellung der gegenwärtigen ordnungspolitischen Situation im Bereich der regionalen Stromverteilung hat gezeigt, daß hier kein geschlossenes dogmatisches System, sondern ein Konglomerat von Provisorien vorliegt. Da auch für die Praxis unter keinem Aspekt der berührten rechtlichen Bereiche eine allseits befriedigende Lösung vorliegt, erscheint eine grundlegende Neukonzeption mehr als dringlich zu sein.⁵⁶⁾

Im folgenden sollen die Stellung der Kommunen im thematischen Bereich neu definiert sowie die rechtskonstruktiven Möglichkeiten staatlicher Gebietsregulierung innerhalb der verfassungsmäßigen Schranken neu aufgezeigt werden.

C. Öffentlichrechtliche Regelungskompetenz der Kommunen für Energieverteilung und Versorgungsgebietsbestimmung

Die Position der Gemeinden und ihre Zuständigkeit zur Wahrnehmung der Aufgabe Energieversorgung ist maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Neubestimmung der energierechtlichen Verantwortlichkeiten im örtlichen Bereich. Dies setzt allerdings die Zugehörigkeit der Energieversorgung zum Bereich der Staatsaufgaben im weitesten Sinne voraus.

I. Energieversorgung als Staatsaufgabe

1. Staatsaufgabe

- a) An einer im weitesten Sinne staatlichen Verantwortlichkeit für die Energieversorgung kann angesichts existenzieller Abhängigkeit aller Verbraucher kein

56) Dafür sprechen auch die leider nicht entschlossen genug durchgeführten gesetzgeberischen Vorarbeiten, z.B. der Referentenentwurf des BMWi. eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Versorgung mit leitungsgebundener Energie vom 30.5.1973 (nicht veröffentlicht).

ernsthafter Zweifel bestehen. Damit kann ohne Schwierigkeit vom Vorliegen der Staatsaufgabe Energieversorgung ausgegangen werden, ohne die Staatsaufgabenlehre⁵⁷⁾ in all ihren Ausprägungen, insbesondere bezüglich der Kategorisierung in öffentliche Aufgaben,⁵⁸⁾ öffentlichrechtliche Aufgaben⁵⁹⁾ und Verwaltungsaufgaben⁶⁰⁾ darzulegen. Unbestrittenermaßen erfolgt die Qualifizierung durch gesetzgeberische Akte,⁶¹⁾ in denen sich die Legislative einer Aufgabe von öffentlichem Interesse annimmt.

-
- 57) Dazu etwa grundlegend Bull, Staatsaufgaben; Kraut-
berger, Erfüllung, S. 37 ff.; Rupp, Privateigentum,
S. 5 ff.; Badura, Verwaltungsrecht, S. 13 f.; zur
Gleichsetzung mit öffentlichen Aufgaben BVerfGE 17,
371 (376 ff.); Klein, DÖV 1965, 755 ff., 757; Rupp,
AÖR Bd. 92 (1967), 212 ff., 241; so-
wie zur Abgrenzung von den öffentlichen Aufgaben Peters,
Aufgaben, S. 877 ff., 878 f.; zur Unmöglichkeit, die
inhaltliche Substanz des Begriffes abschließend bzw.
vorab zu definieren und zum "offenen" Aufgabenkanon
Scholz, Wirtschaftsverfassung, S. 120; sowie zum legis-
lativ-politischen Kompetenzentscheid Scholz, Wirtschafts-
verfassung, S. 122; dazu auch Krautberger, aaO, S. 43 ff.
zum Wandel des Begriffsverständnisses im geschichtlichen
Zusammenhang Rosenthal, Wandel der Staatsaufgaben.
- 58) Dazu etwa Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 119,
Krautberger, Erfüllung, S. 97 ff.; Peters, Öffentliche
und staatliche Aufgaben, S. 878 f.; Börner, Rechtsfragen,
S. 146 ff.; 147 f.; Stern-Püttner, Gemeindegewirtschaft
S. 157, Anm. 150 unter Hinweis auf den öffentlichen Zweck
v. Heimbürg, Verwaltungsaufgaben, S. 13 ff., 14; die Be-
ziehung zum staatlich gebundenen Beruf erörtert Bethge,
Standort, S. 122, 127 ff.; zur Gleichwertigkeit mit dem
staatlichen Funktionsbereich exemplarisch BVerfGE 9, 338,
347; BVerwGE 9, 334, 336; zum ganzen auch Merk, Aufgaben-
reform, S. 69 ff., 71 f.; zu den öffentlichen Aufgaben
der Kommunen Grawert, VVDStRL 36, S. 278 ff., 278. Zur
Voraussetzung staatlicher Handlungskompetenzen Stern-
Burmeister, Sparkassen, S. 119 Fußnote 42; zur Abgren-
zung von der Organisationsform des Kompetenzträgers
Lerche, Öffentlichrechtliche Fragen, S. 127; Forsthooff,
Lehrbuch, S. 458.
- 59) Für die Einbeziehung einer öffentlichen Aufgabe in ein
öffentlich-rechtliches System BVerfGE 17, 232, 239 f.;
ähnlich auch das Kassenarzturnteil, BVerfGE Bd. 11, S.
30, 39.

Unabhängig von der allgemeinen terminologischen Unsicherheit im Umfeld des Begriffs Staatsaufgabe kann festgehalten werden, daß die Energieversorgung samt -verteilung als Element der für das menschliche Dasein unverzichtbaren Existenzsicherung an vorderer Stelle der staatlichen Aufgaben steht. Zu diesen gehören nach zutreffender Auffassung auch die Aufgaben der Kommunen und zwar nicht nur als Träger der mittelbaren Staatsverwaltung,⁶²⁾ sondern auch im Bereich der eigenen Aufgaben, da diese jedenfalls als staatliche Aufgaben im weiteren Sinne bezeichnet werden müssen.⁶³⁾

Wenig hilfreich erscheint es auch für den gegenständlichen daseinsvorsorgerischen Bereich in einer Art dualistischer Betrachtung die Konkurrenz zwischen öffentlicher und privater Aufgabe zuzulassen,⁶⁴⁾ wobei nicht ausreichend zwischen staatlicher Aufgabe, privatem Betätigungsrecht und öffentlichem Einfluß auf die Erfüllung der staatlichen Aufgabe durch private Rechtsträger unterschieden wird. Wichtiger muß sein, zwischen Aufgaben, Kompetenzen und Befugnissen zu differenzieren.⁶⁵⁾ Im Ergebnis kann kein Zweifel

60) Zur Abgrenzung von öffentlichen und staatlichen Aufgaben grundlegend Peters, Öffentliche und staatliche Aufgaben, S. 879, dort auch zur Erfassung der Aufgaben der kommunalen Selbstverwaltung; so auch Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 6 Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 120 f.

61) Zum gesetzgeberischen Ermessen in diesem Bereich Stern-Burmeister, Sparkassen, S. 120 f. insbesondere Fußnote 50 m.w.N.

62) So allerdings Klein, DÖV 1965, 755 ff., 759 Anm. 23.

63) So Bull, Staatsaufgaben, S. 51.

64) Scholz, Gebietsreform, S. 57.

65) Dazu allgemein Bull, Staatsaufgaben, S. 52 ff.; bezüglich der noch zu behandelnden Zuordnung der Energieversorgung zum gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht und der Abgrenzung zur konkreten Kompetenzausübung Scholz, Gebietsreform, S. 37 ff.; zur Trennung von Staatsaufgaben und Verwaltungsformen Badura, Verwaltungsrecht, S. 13 f., 20 f.; Köttgen, Daseinsvorsorge, S. 8.

darin bestehen, daß der Staat durch die vielfältigen Regelungen für den Bereich der Energieversorgung aus einer öffentlichen eine staatliche Aufgabe machen kann und dies/ auch getan hat. / Schwerpunkt der Darstellung sollen daher die Möglichkeiten der Ausgestaltung der staatlichen Verantwortlichkeit bei der Elektrizitätsverteilung sein, die den verfassungsrechtlichen, energiewirtschaftsrechtlichen, kommunalrechtlichen, straßenrechtlichen und kartellrechtlichen Anforderungen genügen.

- b) Die Staatsaufgabe Energieversorgung ist gemäß der bundesstaatlichen föderativen Kompetenzordnung (Art. 70 ff. GG) und unter Berücksichtigung der teils gesamtstaatlichen teils regional auftretenden Auswirkungen energierechtlicher Fragestellungen verschiedenen Rechtsträgern innerhalb des gestuften Staatsaufbaus der Bundesrepublik Deutschland zur Erledigung übertragen. Im Bereich der Gesetzgebungskompetenz erfolgt die Aufteilung zwischen Bundesrecht und landesrechtlich geregelter Kommunalrecht und Verfahrensrecht nach dem Kriterium der "funktionalen Kompetenzqualifikation".⁶⁶⁾ Danach ist maßgebend für die Regelungszuständigkeit die materielle Zugehörigkeit des gegenständlichen Bereichs Energieverteilung zum Energiewirtschafts- und Kommunalrecht.

Bereits hier sei festgehalten, daß die konzessionsvertragliche Gebietsregelung materiell im wesentlichen eine gemeindewirtschaftsrechtliche und damit im Kern kommunalrechtliche Angelegenheit ist.⁶⁷⁾ Daher entfällt jedenfalls eine ausschließlich bundesrechtliche Regelungskompetenz.

66) Scholz, Gebietsreform, S. 25.

67) Scholz, Gebietsreform, S. 37 ff.

Zu erörtern ist allerdings, ob eine bundesrechtliche Annexkompetenz - wie etwa im Baurecht - besteht, ob also aus der Natur der Sache oder infolge Sachzusammenhangs mit einer materiell in die Bundeskompetenz fallenden Materie bundesrechtliche Regelungen für die Beeinflussung der Versorgungsgebiete getroffen werden können.

Im Rahmen der Kompetenz aus der Natur der Sache hat das BVerfG in einem Rechtsgutachten nach § 97 BVerfGG auf dem Gebiet des Baurechts dem Bund die Zuständigkeit zur gesetzlichen Regelung der städtebaulichen Planung, der Baulandumlegung einschließlich der Grenzregelung und der Zusammenlegung von Grundstücken, des Bodenverkehrs, der Erschließung sowie der auf die vorgenannten Gebiete sich beziehenden Bodenbewertung zuerkannt.^{67 a)} Allerdings dürfte es für den vorliegenden Zusammenhang an den Voraussetzungen für die Annahme einer bundesrechtlichen Annexkompetenz fehlen. Hervorzuheben ist, daß hier kein Sachgebiet vorliegt, das von seinem Wesen her der Landeszuständigkeit entrückt ist und nur bundesrechtlich geregelt werden könnte. Keine Annexkompetenz liegt vor, wenn sich auch eine andere, also landesrechtliche Regelung, mit beachtlichen Gründen rechtfertigen läßt.^{67 b)} Auch Zweckmäßigkeitsüberlegungen zugunsten einer Bundeskompetenz reichen nicht aus.

Aus Gründen des Sachzusammenhangs ist eine bundesrechtliche Regelung der Versorgungsgebietsbeeinflussung nicht anzunehmen. Eine solche Kompetenz ist nur anzuerkennen, wenn eine dem Bund ausdrücklich zugewiesene Materie verständigerweise nur geregelt werden kann, wenn zugleich eine nicht ausdrücklich geregelte Materie mitgeregelt wird.^{67 c)} Davon kann bezüglich der Frage der Einflußnahme auf die örtliche Versorgungsgebietsgestaltung und die Nähe zum

67 a) BVerfGE 3, 407.

67 b) BVerfGE 11, 98 f.; 22, 217; 26, 257.

67 c) BVerfGE 3, 421; 15, 20; 26, 256, 300.

bundesrechtlich zugewiesenen energiewirtschaftsrechtlichen Bereich nicht gesprochen werden, da eine getrennte Regelung jederzeit zulässig und möglich ist.

2. Dennoch kann die Versorgungsgebietssteuerung keine isoliert kommunale Angelegenheit sein, weil der nicht zu leugnende gesamtwirtschaftliche Zusammenhang auch die Beachtung überregionaler Gesichtspunkte zur Pflicht macht. Selbst wenn die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen⁶⁸⁾ hier weitgehend ausgespart werden sollen, so bleiben jedenfalls Verhältnis und Umfang des nicht beliebig beschränkbaren Selbstverwaltungsrechts, seines Gesetzesvorbehalts und der bundesstaatlichen Regelungen auch im verfahrensrechtlichen Ablauf neu zu bestimmen. Dazu ist zunächst die kommunale Aufgabe Energieversorgung näher zu umreißen, wodurch auch eine Auseinandersetzung mit einem gewandelten Selbstverwaltungsverständnis veranlaßt ist.

II. Energieversorgung als kommunale Aufgabe

1. Gemeindliches Selbstverwaltungsrecht und energiewirtschaftliche Gewährleistungskompetenz

- a) Auch im Bereich der Energieversorgung kann das überkommene antagonistische Verhältnis von staatlichen und Selbstverwaltungsangelegenheiten als überholt angesehen werden. Es beginnt sich die Ansicht durchzusetzen, daß der Terminus der "örtlichen Angelegenheiten" in Anbetracht vielfältiger Verschränkung mit überregionalen Belangen auch auf dem Feld der Energieversorgung nicht mehr geeignet ist, dem Wesen der Selbstverwaltung gegenüber legislativen Eingriffen begrenzende Kraft zu entfalten.⁶⁹⁾ Hier wie in anderen

68) Zur besonderen wettbewerbsrechtlichen Problematik, die sich aus dem Nebeneinander von Kartell- und Fachaufsicht ergibt, Immenga, Kartellaufsicht und Fachaufsicht, 1. Ref., in: Emmerich/Lukes, Ordnungspolitische Überlegungen, S. 3 ff.

69) Burmeister, Neukonzeption, S. 16 ff.; v. Unruh, DÖV 1977, 467 ff., 468.

Bereichen ist der gegenständliche Minimalgehalt der Wesensgehaltsgarantie und der Grenze des Gesetzesvorbehalts aus Art. 28 Abs. 2 GG mit traditionellen Begriffen nicht mehr zu bestimmen. Schon der Landesgesetzgeber hat von seiner Möglichkeit, näher zu bestimmen, wie das Selbstverwaltungsrecht zu verwirklichen ist, insbesondere durch die Ausgestaltung des kommunalen Organisationsrechts, Gebrauch gemacht. Aber auch der Bundesgesetzgeber hat in wesentlichem Umfang - nicht nur durch Ausübung von bundesrechtlichen Annexkompetenzen, die auf vielfältige Weise die Länderkompetenz für das Kommunalrecht durchbrechen - das Selbstverwaltungsrecht näher bestimmt und eingeschränkt.^{69 a)} Die Aufgabenerfüllung und damit die Ausgaben werden mehr und mehr durch die Bundesgesetzgebung bestimmt, die den Gemeinden immer neue Bereiche zuweist und durch eingehende gesetzliche Ausformung auch die Aufgabenerfüllung weitgehend bestimmt. Etwa 80 % der Gesetze, deren Mehrzahl Bundesrecht ist, werden inzwischen von den Kommunen ausgeführt.^{69 b)} Dem steht die Auffassung der Rechtsprechung gegenüber, die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG bzw. des Art. 11 BV enthalte nicht nur die Grenze staatlicher Organisationsgewalt, sondern auch den Handlungsauftrag an den Normgeber, dem Sinn der Selbstverwaltung entsprechend lebens- und leistungsfähige Körperschaften zu schaffen.^{69 c)}

Ein nicht sehr hilfreicher Versuch auf diesem Weg scheint die Betonung der dualistischen Struktur der Selbstverwaltung als staatlich-organisatorisches Aufbauprinzip einerseits und gesellschaftliches Mandat im Sinne institutioneller Formation der sozialen Raumgemeinschaft⁷⁰⁾ andererseits zu sein. Über eine begriffliche Spezifizierung geht der Vorschlag inhaltlich nicht hinaus.

69 a) Zur Einflußnahme des Bundes auf die Gemeinden besonders Niemeier, Bund und Gemeinden; Püttner, Vollzug von Bundesgesetzen, S. 499 ff.; Schmidt-Eichstaed Bundesgesetze und Gemeinden.

69 b) Zu den Grenzen statt vieler Pappermann, DVBl. 1972, 643 ff.; zu Zweifeln an der Brauchbarkeit des geschichtlich bestimmten Kernbereichs angesichts der zunehmenden Verwobenheit zwischen allen staatlichen

Die Beschreibung des Selbstverwaltungsmodells anhand dieser wenig aussagekräftigen und zu abstrakt gehaltenen Kriterien wird weder den Schranken normativer Einschränkungsmöglichkeiten der Selbstverwaltungsgarantie noch den faktischen Beschränkungen - etwa durch den "goldenen Zügel" der Finanzzuweisungen - gerecht.

Demgegenüber verdient der Appell des 53. Deutschen Juristentages an die gesetzgebenden Körperschaften und die Organe der Exekutive in Bund und Ländern zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung Beachtung. In diesem Grundsatzbeschuß wurde dazu aufgerufen, den für die kommunalen Organe notwendigen Handlungs- und Entfaltungsspielraum zu sichern und Eingriffe in das Selbstverwaltungsrecht auf die Fälle zu beschränken, in denen dies aus Gründen eines dringenden/^{Bundes} oder Landesinteresses in Abwägung zur besonderen Funktion der kommunalen Selbstverwaltung geboten sei.^{70 a)}

Wenig förderlich ist für sich genommen auch die Bezeichnung der Selbstverwaltung als "offenes Strukturprinzip",⁷¹⁾ da sie jeder Aussage über Lösungsalternativen entbehrt. Die aufgezeigten Lösungsversuche, zu denen noch die Theorie eines funktionellen Selbstverständnisses⁷²⁾ zu zählen ist, worunter man die Idee

Verwaltungsträgern Knemeyer, Kommunalrecht, S. 32.

69 c) VerfGH 24, 181 sowie zur neueren Rechtsprechung die Urteilsanmerkung von Blümel, DÖV 1980, S. 693 ff.

70) So aber Stern-Burmeister, Sparkassen, S. 51 f.

70 a) Dazu Knemeyer, BayBgm 1980, S. 28.

71) Schmidt- Aßmann, Stadtentwicklungsplanung, S. 101, 139.

72) Als Hauptvertreter darf gelten Roters, Mitwirkung, S. 1 ff., 33 ff. (34 f.); S. 62 ff.

eines Verwaltungsverbundes aller kommunalen Ebenen zu verstehen hat, werden der gefährlichen Tendenz zur Aushöhlung der kommunalen Selbstverwaltung nicht gerecht. Deren hauptsächliche Ausprägungen sind Ver-
gesetzlichung und Verplanung von oben, das Fehlen einer
aufgabengerechten Finanzausstattung sowie die Verla-
gerung kommunaler Aufgaben auf andere Träger, wovon
insbesondere der hier gegenständliche Bereich der
Energieversorgung betroffen ist.⁷³⁾

Auch wenn man bejahen muß, daß die Energieversorgung
heute nicht mehr an das Weichbild einer Gemeinde zu
knüpfen ist,⁷⁴⁾ so kann doch an der weiterhin bestehen-
den Erforderlichkeit angemessen/^{en} kommunalen Einflusses
auf versorgungswirtschaftliche Entscheidungen im ge-
meindlichen Raum kein Zweifel bestehen.⁷⁵⁾ Damit ist
unter anderem das noch offene Problem einer Gewährlei-
stungspflicht und Garantiefunktion der Gemeinden für
die daseinsvorsorgerischen Aufgaben auf dem Gebiet
der örtlichen Energieversorgung im Sinne einer posi-
tiven Handlungsverpflichtung berührt.

Es kann jedenfalls nicht geleugnet werden, daß der Be-
griff der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft
heute nicht mehr als Gegensatz zur staatlichen Verwal-
tung gesehen werden kann, sondern als besonderer "Ge-
genstand" im administrativen Gefüge des Staates⁷⁶⁾ zu
gelten hat. Ob allerdings die Einführung des Kriteriums
der "unmittelbaren Verantwortlichkeit" als qualitative
Beschreibung der Art und Weise der Erfüllung öffentlicher
Aufgaben unter Beachtung der lokalen Verhältnisse die

73) Zum ganzen Blümel, VVDStRL 36 (1978), S. 172 ff.,
190 ff.; vgl. auch Scheuner, Neubestimmung, S. 22.

74) Scheuner, Neubestimmung, S. 19.

75) Statt vieler VKU, Standort, S. 10.

76) v. Unruh, DÖV 1977, 469.

Unterscheidung in eigenen und übertragenen Wirkungskreis ersetzen kann,⁷⁷⁾ sei im Hinblick auf die folgenden Erörterungen jedenfalls de lege lata bezweifelt.

Die Neubestimmung oder gar Neuregelung der kommunalen Selbstverwaltung kann hier nicht breiter erörtert werden. In Anbetracht der bereits heute zu konstatierenden Tendenz der Verlagerung von Aufgaben aus dem örtlichen Zusammenhang auf überregionale Ebenen sei aber auf die zur Wahrung der kommunalen Autonomie notwendige aktive Beteiligung an überörtlichen Planungen hingewiesen.⁷⁸⁾

Die Sicherung der Selbstverwaltung kann am ehesten im Rahmen eines Kompensationsmodells durch Institutionalisierung gestufter, nach Art und Intensität unterschiedlicher Mitwirkung an überörtlichen Entscheidungen erfolgen.⁷⁹⁾ Eine wertende Schwerpunktbetrachtung des Gesetzgebers hat über die ausschlaggebende Entscheidungskompetenz bzw. die Verankerung eines Vetorechts zu befinden. Diese Form der Interpretation von Staats- und Kommunalverwaltung⁸⁰⁾ stellt den Ausgleich für die in einigen Bereichen unvermeidlichen Beschränkungen der kommunalen Selbstverwaltung dar.⁸¹⁾ Dies kann für einen bestimmten Bereich bis zur Annahme einer Gemeinschaftsaufgabe führen, an der die Gemeinden nicht nur

77) In diesem Sinne wohl v. Unruh, aaO.

78) Scheuner, Neubestimmung, S. 22; Klett, Der Energiemarkt, S. 543; speziell zum Planungsrecht umfassend Henrich, Kommunale Beteiligung in der Raumordnung und Landesplanung, Bd. I u. II,⁴³⁶ ff.

79) Dazu ausführlich m.w.N.: Blümel, DVBl. 1973, S. 440 f. Blümel, DVBl. 1977, S. 301 ff., 310, 313, 317, 319, 321; Badura, Entwicklungsplanung, S. 918; Schmidt-Aßmann, AöR 101 (1976) S. 520 ff., 522 ff.; ders., Gemeinden und Staat im Recht des öffentlichen Dienstes, in: Öffentlicher Dienst, Festschrift für Carl Hermann Ule, 1977, S. 461 ff., S. 464; Wolff-Bachof, II, § 77 S. 118 f.

80) Blümel, VVDStRL 36, S. 246.

81) In diesem Sinne auch Knemeyer, StGB 1976, 298, 299.

durch Anhörung, sondern durch echte Mitbestimmung im Sinne kondominialer Verwaltung beteiligt sind.⁸²⁾

b) Energieversorgung und schwerpunktmäßig örtlicher Bezug

Für den gegenständlichen Bereich der Energieverteilung ist in Konsequenz der oben angedeuteten Differenzierungsmethode nach dem schwerpunktartigen Grad der Berührtheit der Gemeinden in Selbstverwaltungsbelangen festzuhalten, daß die Versorgungsgebietsbeeinflussung auch aus energiewirtschaftlicher und straßenrechtlicher Sicht maßgeblichen kommunalen Einflusses bedarf. Die gemeindliche Kompetenz zur Wahrnehmung der Energieversorgung im örtlichen Bereich hat die energiewirtschaftsrechtliche Komponente, daß Steuerungsmechanismen mit versorgungswirtschaftlicher Zielsetzung im kommunalen Bereich vorhanden sein und wahrgenommen werden müssen. Dies bedeutet konkret, daß insbesondere innerhalb des Konzessionsvertrags als ^{des} wesentlichsten Instruments zur Wahrnehmung der gemeindlichen Aufgabe der Energieversorgung die kommunale Entscheidungsfreiheit wesentlich zu fördern ist. Insbesondere müssen die Gemeinden - etwa durch Einführung einer materiell kommunalrechtlichen Vorschrift - in die Lage versetzt werden, intakte Funktionsstrukturen zu erhalten und Fehlentwicklungen zu korrigieren.

Aus straßenrechtlicher Sicht kommt es darauf an, in systemkonformer Weise der Straßenhoheit zur Durchsetzung zu verhelfen. Dies scheitert bis heute an der den Versorgungsunternehmen eingeräumten und der Wegehoheit mindestens partiell entzogenen Sonderstellung bei der Nutzung von öffentlichem Straßengrund

82) Blümel, VVDStRL 36, 249 m.w.N.; Salzwedel, AfK 1962, S. 203 ff. (206 f.); ders., VVDStRL 22 (1965), S. 206 ff., 213, 243 mit Anm. 100; Korte, VerwArch Bd. 61 (1970), S. 3 ff., 141 ff., 157 ff., 162 ff.

durch private Energieversorgungsunternehmen. Die Konzessionsverträge führen nach dem heutigen System nur die konzeptionelle Vorentscheidung über die Gebietsstruktur auf straßenrechtlicher Seite aus, ohne örtlich gelagerte versorgungswirtschaftliche gemeindliche Interessen - wie Industrieansiedlung oder Wirtschaftsförderung - aus kommunalrechtlicher Sicht durchsetzen zu können. Diese Kompetenz entspringt unmittelbar der Befugnis zur örtlichen Energieversorgung.

Leider trifft die lange umstrittene Zuordnung der örtlichen Energieversorgung zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 GG⁸³⁾ keine Aussage über die Frage der heute als notwendig erkannten Beteiligung anderer mit energierechtlichen Belangen befaßter Kompetenzträger. Vor der Erörterung dieser komplexen Frage ist aber zunächst der Umfang der gemeindlichen Energieversorgungskompetenz und der Kernbereichsgrenzen zu konkretisieren.

- c) Unbeschadet der immer eingehenderen gesetzlichen Regelungen des gemeindlichen Aufgabenbereichs⁸⁴⁾ gehören auch heute noch die Vorsorge für die Grundbedürfnisse

83) Die Zuordnung zum Kernbereich bejahen: BayVerfGH, Beschluß vom 23.12.1957, VGHE n.F. 10 II, 113, 120 ff. = DÖV 1958, S. 217; Püttner, Energieversorgung, S. 27; Kimminich, Verfassungsrechtliche Probleme, S. 19 ff.; Scholz, DÖV 1976, S. 441; ders., Gebietsreform, S. 38; ablehnend hingegen: OVG Berlin, Urt. v. 28.11.1958, ET 1959/60, S. 38; HessVGh, Urt. v. 18.11.1960, ESVGh 10, S. 207, 210; Emmerich, Die kommunale Versorgungsunternehmen, S. 15 ff.; Fischerhof, DÖV 1957, S. 305, 314 und DÖV 1960, S. 41, S. 44.

84) Scheuner, AfK 1973, S. 8.

des Gemeindebürgers und die Ausgestaltung des kommunalen Lebensraumes zum geschichtlich gewachsenen Bestand kommunaler Leistungsfunktionen. Die Einschaltung örtlich-regionaler Kräfte zur Verwirklichung dieser Aufgaben macht die Gemeinden zum dezentralen Zentrum von Initiative und Entscheidung.⁸⁵⁾ Im Hinblick auf die Energieversorgung ist allerdings umstritten, ob aus dieser umfassenden Zuständigkeit ein originäres Versorgungsrecht oder lediglich eine Überwachungskompetenz⁸⁶⁾ zu folgern sei.

Auch wenn man richtigerweise den Inhalt der gemeindlichen Selbstverwaltung als dynamisch und funktionsvariabel⁸⁷⁾ sieht, kann bei der zur Bestimmung der Daseinsvorsorge einzig zulässigen entwicklungsgeschichtlichen Betrachtung nicht zweifelhaft sein, daß auch die versorgungswirtschaftliche Betätigung seit jeher zum wesensbestimmenden Kernbestand der kommunalen Selbstverwaltung gehört.⁸⁸⁾ Allein die abstrakte Differenzierung zwischen Betätigungs- und Gewährleistungskompetenz ist aber ebenso wenig aussagekräftig wie^{die} Unterscheidung zwischen der Kompetenz (eigenständig über die Vergabe von Wege- und Versorgungsrechten zu entscheiden) und der konkreten Kompetenzausübung (Durchführung der Versorgungstätigkeit). Unbeantwortet bleibt dadurch zunächst noch die Frage, ob das konzessionsvertragliche

85) Scheuner, AfK 1973, S. 9.

86) Aus Art. 83 BV folgern Büdenbender, Energie-recht, Rz.973, Fußnote 8 und Depenbrock, Stellung, S. 75, daß die Gemeinden lediglich die Kompetenz hätten, für einen reibungslosen Ablauf der Versorgung Sorge zu tragen.

87) Dazu Stern, AfK 1964, S. 94 ff.; Scholz, ZHR 137, S. 185, 187; ders., Gebietsreform, S. 37.

88) Vgl. die Nachweise in Fußnote 83 sowie Scholz, Gebietsreform, S. 37 Fußnote 3; VKU, Konzessionsabgaben, S. 24; zur Versorgungsfunktion aus sozial-staatlichen Erwägungen Soell, BayVB1. 1977, 2 ff.

Verhalten der Gemeinden ohne weiteres als Versorgungstätigkeit qualifiziert werden kann.

Dahinter muß immer die praktische Relevanz der rechtlichen Diskussion beachtet werden. Sie liegt in der Ermittlung der Grenzen, die dem Gesetzgeber für die Reglementierung der Versorgungstätigkeit der Gemeinden bis zum unmittelbaren Eingriff in diese Aktivitäten durch die Verfassung gesteckt sind.⁸⁹⁾ Art. 28 Abs. 2 GG wiederum normiert zwar den Schutz vor dem Zugriff des Gesetzgebers, enthält aber keine explizite verfassungsrechtliche Aussage über die Frage, ob die kommunale Kompetenzausübung in privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Form zu erfolgen hat.⁹⁰⁾ Schon hier kann allerdings festgehalten werden, daß es sich bei der/^{der} Gebietsvergabe zugrunde liegenden Wegerechtsbestellung um einen Ausfluß der kommunalen Wegehoheit und einen Bereich handelt, der zum Kernbestand der verfassungsrechtlich in Art. 28 Abs. 2 GG geschützten örtlichen Angelegenheiten gehört,⁹¹⁾ der eine Regelung der Gebietsvergabe in öffentlichrechtlicher Form mindestens de lege ferenda nahelegt.

89) Büdenbender, Energierecht, Rdzif. 973.

90) Scholz, Wesen, S. 22 ff.; Emmerich, Die kommunalen Versorgungsunternehmen, S. 18; Stern, BK, Art. 28 Rdzif. 128; Büdenbender, aaO.

91) Büdenbender, Energierecht, Rdzif. 973.

- d) Nicht aufgenommen werden soll hier die nicht sehr fruchtbare Diskussion um den soziologischen Begriff der Daseinsvorsorge, die mehr Emotionen erregt als juristisch greifbare Ergebnisse zustande gebracht hat.

Hingewiesen werden soll allerdings auf den heute unleugbaren Zusammenhang der versorgungswirtschaftlichen mit anderen Aufgaben im Rahmen der Selbstverwaltung, wie etwa Industrieansiedlung, Wirtschaftsförderung, örtliche Planung, Gestaltung der Infrastruktur,⁹²⁾ Stadtentwicklung, Straßenbau und Gesundheitspflege, die letztlich zur Wahrnehmung und Sicherung des öffentlichen Einflusses auf die Versorgungsgebietsabgrenzung verpflichten. Elementare Kriterien sind dabei sozial-, versorgungs-, kommunal-, siedlungs- und investitionspolitische Erwägungen, die der Erhaltung des örtlichen Einflusses auf die Versorgung gegenüber der privatwirtschaftlichen Disposition der großen Verbundunternehmen zu dienen bestimmt sind.⁹³⁾ Betont sei, daß die Verantwortlichkeit der Gemeinde sich nicht in einmaliger gemeindlicher Kompetenzentscheidung erschöpfen darf, sondern eine dauerhafte gemeindliche Einflußnahme verlangt.⁹⁴⁾ Die Steuerungsmechanismen bedürfen einer differenzierten Erörterung.

92) Dazu statt vieler VKU, Standort, S. 10.

93) Kulartz, Energieversorgung, S. 94.

94) VerfGHNW, Düren-Urt. v. 11.7.1980; DÖV 1980, S. 691 ff.; diese zum Sparkassenrecht ergangene Entscheidung hält Blümel in seiner Anmerkung DÖV 1980, S. 693 ff., 695 in den hier relevanten Passagen für verallgemeinerungsfähig. Vgl. auch Kulartz, Energieversorgung, S. 99.

- e) Der Anknüpfungspunkt der grundsätzlichen Problematik ist also die Grenzziehung für den Gesetzesvorbehalt aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG bezüglich der lokalen Energieverteilung als Element des Wesensgehalts der Selbstverwaltungsgarantie. Nach Ermittlung des Umfangs der Wesensgehaltsgarantie auf dem Energieverteilungssektor ist seine inhaltliche Ausgestaltung zu erörtern.

Nicht besonders betont zu werden braucht, daß der Gesetzesvorbehalt aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG selbst durch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit beschränkt ist.⁹⁵⁾ Damit ist für den vorliegenden Gegenstand der Versorgung von Letztverbrauchern ausgesagt, daß die Energieverteilung der Kommunen nur in sehr beschränktem Umfang durch die Gesetzgebung reglementiert werden kann.⁹⁶⁾ Auch der ständige Wandel der Lebensverhältnisse und der "Vorbehalt der präsent-typischen, d.h. augenblick^{lich} wesensbestimmenden Funktionalität"⁹⁷⁾ macht den Gegenstand der Energieverteilung nicht zum freiverfügbaren Objekt für den Gesetzgeber.

Selbstverständlich darf die Wesensgehaltsgarantie nicht zu einer Verfestigung der infolge der tatsächlichen Entwicklung seitens der Gemeinden nicht mehr funktionsgerecht erfüllbaren Verwaltungszuständigkeiten führen. Dies veranlaßt aber nicht zur "Inkorporierung in ein staatlich geordnetes System sachadäquater Kompetenz-

95) BVerfG in ständiger Rechtsprechung, zuletzt E 38, S. 258 ff., 278.

96) Püttner, Energieversorgung, S. 27; Stern, Verfassungsrechtliche Position, S. 33 ff.

97) Scholz, Gebietsreform, S. 37; dazu auch Stern-Burmeister, Sparkassen, S. 62 f.

verteilung",⁹⁸⁾ sondern legt eine Neubestimmung des partiellen Selbstverwaltungsgegenstands und zweck-rationaler Möglichkeiten seiner mindestens teilauto-nomen Verwirklichung nahe. Daraus wird deutlich, daß die Versteinerung der den heutigen Erfor- dernissen nicht mehr entsprechenden Verhältnisse im Gebietsschutzbereich heute immer noch außerhalb kommu- naler Einflußnahme liegt.

Das Postulat nach einem verfassungsinterpretativen Lösungsansatz zur Erfassung der Wechselwirkung zwi- schen eigenverantwortlicher Gestaltung des gemeind- lichen Bereichs und staatlicher Betroffenheit wird immer deutlicher.⁹⁹⁾ Die den gesetzlichen Vorbehalt ausfüllenden einzelgesetzlichen Schranken für die Selbstverwaltung werden innerhalb der spezifischen Rechtsgebiete - soweit nötig - zu behandeln sein. Der ihnen gemeinsame Widerspruch zur kommunalen Selbst- verwaltung an der Stelle, wo örtliche hinter überregio- nalen Ordnungs-, Planungs- und Investitionsgesichtspunk- ten zurücktreten sollen, ist evident.

Ergänzend ist auf die bayerische Besonderheit hinzuweisen, daß die den Wesensgehalt der kommunalen Selbstverwaltung nicht einmal abschließend konkretisierende Inhaltsbestimmung für den eigenen Wirkungskreis der Gemeinden nach Art. 83 Abs. 1 BV unbeschadet der staatlichen Verpflichtung zur landesweiten Sicherstellung der Energieversorgung

98) So aber Stern-Burmeister, Sparkassen, S. 63.

99) Dazu v. Mutius, JuS 1977, S. 455 ff., 460; ders., Gutachten, S. 43, 107; Richter, Verfassungspro- bleme, S. 136 ff., 140, 144; Braese, in: Knemeyer, Gebietsreform und Landesplanung, S. 201 f.; bezüg- lich der dabei einschlägigen Rechtsbereiche Püttner, Der Landkreis, 1979, S. 405 ff., 406 f.

nach Art. 152 Satz 2 BV die "Versorgung der Bevölkerung mit Licht und elektrischer Kraft" zur (landes-) verfassungsrechtlich gesicherten Angelegenheit des örtlichen Wirkungskreises macht.^{99 a)}

2. Energieversorgung und Örtliche Gemeinschaft

Ohne die bereits aufgezeigte Verflechtung örtlicher mit überörtlichen Aufgaben hier relativieren zu wollen, gilt es nochmals zu betonen, daß eine Vielzahl von energiewirtschaftlichen Entscheidungen schwerpunktartig örtlichen Bezug hat, denen der Status ortsgebundener Unantastbarkeit zuzuerkennen ist.

- a) Als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft,¹⁰⁰⁾ lassen sich diejenigen Aufgaben bezeichnen, "die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben".¹⁰¹⁾
- b) Unabhängig davon, ob man die Energieversorgung nur in Erzeugung und Verteilung trennt¹⁰²⁾ oder auch den Verteilungssektor noch in Großverteilung, Regionalverteilung oder lokale Endverteilung untergliedert,¹⁰³⁾ kann es zum gesicherten Erkenntnisstand gerechnet werden, daß jedenfalls die letzte Stufe der Elektrizitätsverteilung örtliche Bezüge aufweist, die es den Gemeinden erlaubt, eine monopolartige Gestaltungsfreiheit zu fordern.¹⁰⁴⁾ Dieser Umstand ist nicht nur

99a) Art. 83 BV ergänzt die Regelung des Art. 11 Abs. 2 GO und gibt wichtige Beispiele für Aufgabengebiete des eigenen Wirkungskreises der Gemeinden an, ohne eine Erweiterung des Selbstverwaltungsrechts mit sich zu bringen.

100) Zur Schwierigkeit der Begriffsbestimmung und der konkreten Inhaltsbestimmung: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 28, RdNr. 61; Scheuner, AfK 12 (1973) S. 1 ff., 14; Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 293 ff., 308.

101) BVerfGE 8, 122 ff., 134.

102) Statt vieler: Stern-Püttner, Gemeindegewirtschaft, S. 168 ff.

103) Kulartz, Energieversorgung, S. 24 ff.

104) In diesem Sinne Stern-Püttner, Gemeindegewirtschaft, S. 168 ff., 170; Stern, Verfassungsrechtliche Position, S. 30 ff.; Kimminich, Verfassungsrechtliche Probleme, S. 26.

auf das ortsgebundene Leitungsnetz zurückzuführen, über das die Verteilung an die Letztverbraucher erfolgt, wobei zwangsläufig an den örtlichen Grund und Boden angeknüpft werden muß.¹⁰⁵⁾ Örtliche Verknüpfung entsteht vielmehr insbesondere durch den Kreis der versorgten Bürger und Abnehmer im jeweiligen Gemeindegebiet. Aus diesem Grund kann an der Zuordnung der örtlichen Verteilung zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nach herrschender Meinung kein Zweifel bestehen.¹⁰⁶⁾ Da hier lediglich die konzessionsvertragliche Einflußnahme auf das Verteilungsgeschehen untersucht werden soll, kann die Zuordnung der Eigenversorgung der Gemeinden durch eigene EVU zur Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft dahinstehen.

- c) In Konsequenz der dargestellten Auffassung darf die Funktion der Kommunen, für die gleichmäßige und vollständige Versorgung aller Gemeindegebietsteile Sorge zu tragen, sogar zu den Pflichtaufgaben im eigenen Wirkungskreis gerechnet werden. Die Gemeinden haben mit ihren örtlichen Versorgungskonzepten neben den Interessen der EVU auch den Zielen der Energie- und Umweltpolitik, der Stadtplanung, den Interessen der Bürger als Energieabnehmer sowie den straßenrechtlichen Bedürfnissen Rechnung zu tragen.¹⁰⁷⁾ Die nötige Interessenabwägung kann nur den Gemeinden überantwortet werden, da sie die sachnächste Entscheidungsposition haben. In Wahrnehmung dieser öffentlichen Aufgabe und unter Berücksichtigung aller anderen ein-

105) So Stern, Verfassungsrechtliche Position, S. 32.

106) Für viele: v. Mutius, Gutachten zum 53. DJT, aaO, S. 109; Scholz, Gebietsreform, S. 53 m.w.N.

107) Jüngst, DÖV 1982, S. 266 ff., 269; zur Erforderlichkeit angemessenen kommunalen Einflusses auf dieversorgungswirtschaftlichen Entscheidungen in ihrem Raum auch VKU, Standort, S. 10.

schlägigen energierechtlich relevanten Vorschriften und nicht als Wegeeigentümerin hat die Gemeinde die Abschlußkompetenz für die instrumentell der Aufgabenerfüllung dienenden Konzessionsverträge.

3. Energieverteilung erfordert Versorgungsgebietsbeeinflussung

- a) Die polyfunktionalen Konzessionsverträge erfüllen auch die strukturpolitische Verteilungsaufgabe mit dem Ziel der Verbesserung der örtlichen Energieversorgungsbedingungen unter kommunaler Regie.¹⁰⁸⁾ Entsprechend den Zielen der kommunalen Gebietsreform muß auch der Einfluß auf die Ordnung der Versorgungsgebiete eine strukturelle Bereinigung zum Ziel haben, um den Maximen der sicheren, preiswerten und gleichmäßigen Versorgung gerecht zu werden. Inwieweit sich die Erwartung einer Verringerung der Unternehmenszahl und der Konzentration auf Unternehmen mittlerer Größe¹⁰⁹⁾ erfüllt, bleibt abzuwarten.
- b) Bei der Behebung struktureller Probleme wie etwa der Zersplitterung der Verteilung,^{/der} mehrstufigen Verteilung ohne Nutzen, ungerechtfertigten Preisunterschieden oder überstarken Marktpositionen haben die Konzessionsverträge als Instrument der Gebietssteuerung nicht nur wirtschaftsinterventionistischen Charakter,¹¹⁰⁾ sondern sind auch ein Gestaltungsmittel aktiver Wirtschaftsförderung.¹¹¹⁾ Dies hat zur rechtspolitischen Forderung

108) Scholz, Gebietsreform, S. 35.

109) So Püttner,^{Die Struktur,} in: Emmerich-Lukes, Perspektiven, S. 5.

110) Zu dessen Zulässigkeit Scholz, Gebietsreform, S. 53.

111) Scholz, Gebietsreform, S. 106.

geführt, alle Gebietsänderungen sollten unter strukturellen Gesichtspunkten vom EnWG erfaßt werden¹¹²⁾, mit dessen gegenwärtigen Zielsetzungen die beschriebene instrumentelle Natur der Konzessionsverträge bereits heute nicht in Widerstreit gerät.¹¹³⁾ Wie noch darzulegen sein wird, erscheint die Verstärkung kommunaler Gestaltungskompetenzen geeignet, eine mißbrauchsunabhängige Strukturkontrolle durch die Gebietskörperschaften als Ergänzung der kartellrechtlichen Aufsicht zu schaffen. Sie wäre hervorragend geeignet, den historisch rein zufälligen und willkürlichen Zuschnitt der Versorgungsgebiete den Bedürfnissen langfristiger Planung¹¹⁴⁾ und rationeller Versorgung im ausgehenden zwanzigsten Jahrhundert anzupassen.

- c) Auch die kommunale Entwicklungsplanung¹¹⁵⁾ macht einen verstärkten Einfluß auf den Energieverteilungssektor im gemeindlichen Raum erforderlich. Im Rahmen der zum Wesensgehalt der Selbstverwaltung gehörenden kommunalen Bauleitplanung (Art. 28 GG; § 2 Abs. 1 BBauG)¹¹⁶⁾ spielen Flächenbedarf für Energieanlagen, Investitionsplanung und Akzeptanz durch die Standortbevölkerung die entscheidende Rolle.¹¹⁷⁾ Im Katalog der planungsrele-

112) Beamten-Arbeitskreis "Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts", "Anmerkungen", in ET (1972), S. 277 ff., 279; ebenda auch zur Aufrechterhaltung des Genehmigungserfordernisses für die Betriebsaufnahme unter strukturellen Gesichtspunkten.

113) Scholz, Gebietsreform, S. 42.

114) Zum Erfordernis umfassender staatlicher Planung für^{d)} leitungsgebundene Energieversorgung vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten I, S. 433 f.

115) Zur Stadtentwicklungsplanung Scheuner, AfK 1973, S. 38 f.; die gemeindliche Planungshoheit berechtigt Kommunen auch zu funktionellen Fach- und Entwicklungsplanungen, Scholz, Gebietsreform, S. 30 m.w.N.

116) Zur Bauleitplanung im Energiebereich Büdenbender, Energierecht, Rdzif. 1000 ff.

117) Büdenbender, Energierecht, Rdzif. 1009.

vanten Aspekte (§ 1 Abs. 6 BBauG) sind die Belange der Energieversorgung ausdrücklich erwähnt. Demzufolge sieht § 5 Abs. 2 Ziff. 4 BBauG vor, in den Flächennutzungsplänen besondere Flächen für Versorgungsanlagen auszuweisen, zu denen auch die Elektrizitätsverteilungsleitungen gehören. Folgerichtig normieren § 9 Abs. 1 Nr. 12 und 13 BBauG, daß der Bebauungsplan Versorgungsflächen und die Führung von Versorgungsanlagen und Versorgungsleitungen festsetzen kann.

Bereits hieraus wird die Nahtstelle zur konzessionsvertraglichen Gebietsbeeinflussung deutlich. Sowohl die kommunale Bauleitplanung als auch die Energieverteilung an Letztverbraucher gehören zum Kernbereich kommunaler Aufgaben. Daher kann es nur systemkonform sein, ^{wenn} eine konzessionsvertragliche Gebietsvergabe unter planungsrechtlichen Gesichtspunkten größerer kommunaler Dispositionsbefugnis unterworfen wird. ~

Die Trassenführung von Energieleitungen ist für die EVU, die Öffentlichkeit und die Kommunen von erheblichem Interesse. Dies beruht auf der Inanspruchnahme vieler Grundstücke, die durch die Errichtung von Versorgungsleitungen notwendig wird. Daher kommt der Plan ^{ung} von Leitungswegen unter dem Aspekt der Koordinierung der verschiedenen Planungsziele, insbesondere der Verflechtung von Zielen der Energieversorgung mit denen der Bauleitplanung sowie als Ausfluß der energiewirtschaftsrechtlichen Verpflichtung, jederzeit für eine preiswerte und sichere Versorgung zu sorgen, erhebliche Bedeutung zu.

Die kommunale Bauleitplanung ist zwar prinzipiell unabhängig von der Einflußnahme auf das Gebiet eines EVU, sie hat aber dennoch für die Planung in der Energieversorgungswirtschaft erhebliche Bedeutung. Insbesondere der immense Flächenbedarf der Versorgungswirtschaft ist in den Bauleitplänen angemessen zu berück-

sichtigen. Dies ist nicht nur erforderlich, um entsprechende Investitionen der Wirtschaft zu ermöglichen, sondern auch um andere kommunale Aufgaben mit denen der Energieversorgung zu harmonisieren.

Die Kommunen können dementsprechend ihrer Verantwortung aus dem Kernbereich der Selbstverwaltungsaufgaben nur gerecht werden, wenn sie deren Elemente Energieversorgung und Bauleitplanung in zweckgerechter Weise ^{zu} koordinieren befugt sind. Dazu müssen sie im konzessionsvertraglichen Bereich größere Steuerungsmöglichkeiten erhalten.

- d) Erwägenswert bleibt in diesem Zusammenhang, inwieweit sich steuerliche Erleichterungen für Strukturverbesserungen einsetzen ließen. Als geeignetes Mittel kommt die Gleichstellung privater EVU mit den Gemeinden bezüglich Anlagenveräußerung und teilweiser Freistellung von der Erlösbesteuerung in Betracht. Inwieweit weitere Vorschläge¹¹⁸⁾ über § 6 b EStG oder die Ausdehnung von § 9 EStG auf Fälle freiwilligen Ausscheidens aus dem Markt für die Kommunen zu tragbaren finanzpolitischen Ergebnissen führen würden, kann hier nicht abschließend erörtert werden.

118) Beamten-Arbeitskreis "Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts", "Anmerkungen", in: ET 1972, S. 277 ff., 278 f.

e) Schließlich ist nochmals daran zu erinnern, daß die Probleme der Rechtsnachfolge in Konzessionsverträge im Zuge der Gebietsreform unter dem Leitziel größerer Effektivität in veränderten Verwaltungseinheiten auch die gestaltende Anpassung der Versorgungsverträge an die veränderten Verhältnisse erforderlich machen.¹¹⁹⁾ In diesem Rahmen wird immer wieder auf die kommunalen Handlungsschranken bei der wirtschaftlichen Betätigung nach den Gemeindeordnungen hingewiesen.

4. Versorgungsgebietsvergabe und wirtschaftliche Betätigung

Dem Einwand, die Gemeinden würden durch den Abschluß von Konzessionsverträgen gegen die Schranken wirtschaftlicher Betätigung aus den Gemeindeordnungen^{119 a)} exemplarisch seien Art. 89 ff. BayGO genannt - verstoßen, sei hier zunächst die m.E. nach noch nicht ausreichend gewürdigte Frage^{119 a)} entgegen gehalten, inwieweit Eigenversorgung und Konzessionsverträge gleichermaßen wirtschaftliche Betätigung darstellten. Zwar erhalten die Gemeinden im Falle der Fremdversorgung als Äquivalent für die ausschließlichen Versorgungsrechte innerhalb des vergebenen Gebiets Einnahmen (in Form von Konzessionsabgaben), was wegen Anwendung jedenfalls partiell kaufmännischer Arbeitsweise für wirtschaftliche Betätigung spricht.¹²⁰⁾ Zweifel ergeben sich aber daraus, daß das EVU selbst, die letztlich wirtschaftende Einheit also, in privater Hand, mindestens aber in rechtlich von der Gemeinde getrennter Form betrieben wird, die Gemeinde also nicht als wirtschaftlich handelndes Subjekt in Erscheinung tritt und

119 a) Vgl. die entsprechenden Vorschriften der anderen Bundesländer: §§ 102 ff. BWGO, §§ 121 ff. HessGO; § 108 ff. NdsGO; §§ 88 ff. NrwfGO; §§ 85 ff. RhPfGO; §§ 106 ff. SaarlKSVG, Teil A (GO); und schließlich §§ 101 ff. SHGO.

119) Dazu Scholz, Gebietsreform, S. 21.

120) Nach v. Mutius, JuS 1979, S. 342 ff., 343 sogar "eindeutig".

auch die Gewinne dem EVU und nicht den Gemeinden zufließen.

Auch wenn man diese Unterscheidung nicht mittragen will, sind Bedenken hinsichtlich der Zugehörigkeit der Energieverteilung zum Bereich Wirtschaft angebracht. Soweit Wirtschaft und Verwaltung als Gegensatzpaar begriffen werden, wird die Energieverteilung häufig dem Komplex Wirtschaft zugeordnet.¹²¹⁾ Demgegenüber wird man die beiden Bereiche eher als zwei sich überschneidende Kreise¹²²⁾ zu qualifizieren haben oder unter Berücksichtigung des Normzwecks¹²³⁾ der gemeindewirtschaftlichen Bestimmungen die Unterscheidung in öffentliche Aufgabenerfüllung und fiskalische, rein erwerbswirtschaftliche Betätigung bevorzugen. Danach hat sich die Gemeinde einerseits auf die Verwaltungsaufgaben zu konzentrieren, andererseits soll durch Art. 89 ff. GO der ungezügelten Erwerbstätigkeit der öffentlichen Hand zulasten der Privatwirtschaft vorgebeugt werden. Abgrenzungskriterien zur rein fiskalischen Betätigung müssen die Zielsetzung, der Endzweck und die innere Ausrichtung der Betätigung sein.¹²⁴⁾

121) Kimminich, Verfassungsrechtliche Probleme, S. 20; Kulartz, Energieversorgung, S. 103; Pagenkopf, Kommunalrecht, Bd. 2, S. 152.

122) Gröttrop, Leistungsverwaltung, S. 196; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S. 59; Starck, JuS 1977, S. 732 ff.

123) Zum Normzweck der Art. 89 ff. GO BayVGH, BayVBl. 1976, 628; Kulartz, Energieversorgung, S. 93.

123a) Vgl. Fußnote 119 a).

124) In diesem Sinne für die kreditwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden Stern-Burmeister, Sparkassen, S. 72 m.w.N.

Nach hergebrachter Auffassung ist unter wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden allgemein die Führung von Einrichtungen und Anlagen der Gemeinde zu verstehen, die auch von Privatunternehmen mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können. Maßgebliche Richtschnur für die gemeindlichen Entscheidungen in diesem Bereich muß jedoch die Gemeinnützigkeit der Unternehmen sein. Allerdings ist durch diese Begriffsbestimmung allein lange nicht geklärt gewesen, ob Versorgungsunternehmen den Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung unterfallen.

Bereits die historische Betrachtung muß zu dem Ergebnis kommen, daß Versorgungsbetriebe selbst (und damit wohl auch die konzessionsvertragliche Betätigung) nicht unter Art. 89 ff. GO subsumierbar sind.¹²⁵⁾ Dies wird damit begründet, daß die Energieverteilung zu den in Art. 83 BV explizit genannten Aufgaben des eigenen Wirkungskreises gehöre, der die Selbstverwaltungsgarantie konkretisiere. Würde man auch die daseinsvorsorgerisch tätigen Versorgungsbetriebe den kommunalwirtschaftlichen Schranken unterstellen, wäre die Selbstverwaltungsgarantie ausgehöhlt.

Ergänzend kann festgehalten werden, daß gemeinnützige Einrichtungen, bei denen Gewinnerzielung nicht im Vordergrund steht, sinnvollerweise durch Art. 89 ff. GO nicht erfaßt werden.¹²⁶⁾ Überzeugend erscheint auch, die gesetzlich umrissenen Pflichteinrichtungen der Gemeinden nicht den kommunalwirtschaftlichen Grenzen zu unterwerfen.¹²⁷⁾

125) So grundlegend BayVerfGH, DVBl. 1958, S. 13 ff. Zu den anderen Gemeindeordnungen vgl. Fußnote 119 a).

126) In diesem Sinne Obermayer, Kommunalrecht, in: Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, 4. Aufl., S. 495.

127) A.A. wohl Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht II, § 86 VII d 4.

Im Rahmen eines abschließenden Resümees ist die Aussage berechtigt, daß der Abschluß bzw. die Veränderung und Kündigung von Konzessionsverträgen im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben materiell "in den Leistungszusammenhang der gemeinwohlverpflichteten öffentlichen Verwaltung"¹²⁸⁾ gehört. Die Schrankenbestimmungen der Gemeindeordnung können dementsprechend nicht als Ausprägung des Subsidiaritätsprinzips im Sinne genereller Nachrangigkeit "wirtschaftlicher" Betätigung interpretiert werden.¹²⁹⁾ Sie sind vielmehr zum Schutz der Gemeinden vor wirtschaftlicher und finanzieller Überlastung bestimmt und sollen lediglich die rein fiskalisch motivierte Betätigung beschränken,¹³⁰⁾ weshalb nur in diesem Bereich das Subsidiaritätsprinzip Anerkennung verdienen kann. Jede sozial-, versorgungs-, kommunal-, siedlungs- und investitionspolitische Zwecksetzung, also jede nicht bloß vordergründige Rechtfertigung gemeindlichen Handelns muß als ausreichend hingenommen werden.¹³¹⁾ Eine in diesem Sinne betriebene Konzessionsvertragspolitik kann daher nicht den Schranken der Art. 89 ff. GO unterworfen sein. Sie stellt sich vielmehr als eine versorgungspolitisch motivierte Maßnahme kommunaler Wirtschaftsförderung dar, die nicht von reinem Erwerbswirtschaftsdenken geleitet ist. Allerdings ist auch für diesen Tätigkeitsbereich der verfassungsrechtliche und gesetzliche Handlungsspielraum der öffentlichen Hand nicht unbegrenzt.

128) Siedentopf, Grenzen, S. 68; so auch Stern, BayVBl. 1962, S. 129 ff., 130.

129) Dazu Stern-Burmeister, Sparkassen, S. 189, 192; Scheuner, Neubestimmung, S. 26.

130) Pagenkopf, Kommunalrecht II, S. 150.

131) Püttner, Energieversorgung, S. 43; Scholz, Gebietsreform, S. 51 f., 54.

5. a) Die Bindungen der öffentlichen Hand bei Abschluß und inhaltlicher Ausgestaltung von Konzessionsverträgen werden de lege lata angesichts der überwiegend als privatrechtlich qualifizierten Verträge von den allgemeinen zivilrechtlichen Schranken der §§ 138, 242, 826 BGB bestimmt, die im Falle einer einheitlich öffentlichrechtlichen Lösung keine unmittelbare Geltung mehr beanspruchen könnten.

Für den straßenrechtlichen Bereich gilt ergänzend, daß sich die Kommunen dabei im verwaltungsprivatrechtlichen Bereich bewegen und daher zusätzlich sämtlichen öffentlichrechtlichen Schranken, insbesondere den grundrechtlichen Beschränkungen der Art. 12 und 14 GG unterworfen sind.

- b) Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Schranken ist genauer zu differenzieren. Eine Bindung durch die Sozialpflichtigkeit nach Art. 14 Abs. 2 GG kann allenfalls nach überkommener eigentumsrechtlicher Betrachtungsweise wegen Nutzung des gemeindlichen Straßeneigentums und wegen Vergabe von Wegerechten für Zwecke der öffentlichen Versorgung in Frage kommen. Diese Problematik eröffnet die Frage, inwieweit sich Gemeinden im Rahmen der Nutzung gemeindlichen Straßeneigentums überhaupt auf das Eigentumsrecht berufen und seinen Bindungen unterworfen sein können. Sicherlich billigt die Rechtsordnung auch Gemeinden die Möglichkeit zu, Privateigentum zu haben. Dies besagt aber noch nicht, daß dieses Eigentum auch grundrechtsgeschützt sein müßte.^{131 a)} Soweit das kom-

131 a) BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982, DVBl. 1982, 940, 942.

munale Eigentum der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient, kommt ein Eigentumsschutz ohnehin nicht in Betracht. Aber selbst im nicht der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienenden Bereich besteht keine "grundrechtstypische Gefährdungslage", die besondere Schutzbedürftigkeit auslösen könnte.^{131 b)} Art. 14^{/GG} schützt nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater.

Daraus kann sinnvollerweise wohl nur geschlossen werden, daß die Sozialpflichtigkeit aus Art. 14 Abs. 2 GG auf Gemeinden keine unmittelbare Anwendung finden kann. Hinzu kommt, daß eine besondere Bindung verneint werden muß, weil auch bei der augenblicklich noch privatrechtlich geregelten Sondernutzungsvergabe für Versorgungsleitungen nicht die Privatnützigkeit, sondern die öffentlichrechtliche Sachherrschaft, die Widmung, die Zweckbindung und das Verhältnis zur beantragten Nutzungsart im Vordergrund stehen und im übrigen jedes gemeindliche Handeln unter dem Vorbehalt gemeinnützigen Handelns steht. Auch aus diesem Grund kann eine Sozialpflichtigkeit privaten Vertragspartnern gegenüber nicht vorliegen. Kommunalverfassungsrechtliche Beschränkungen der Eigentümerbefugnisse gibt es nur als Veräußerungsschranken für Grundvermögen (beispielsweise in Art. 74, 75 GO), die die konzessionsvertragliche Versorgungsrechtsvergabe nicht erfassen. Ein Genehmigungserfordernis für den Konzessionsvertragsschluß nach Art. 117 Abs. 2 GO ist nicht ersichtlich, da kein Fall einer Genehmigungspflicht nach GO (z.B. Art. 75 Abs. 5 oder Art. 91 Abs. 2 BayGO) vorliegt.

131 b) BVerfGE 45, 63, 79; sowie DVBl. 1982, 941.

Die letztlich entscheidende Frage dürfte in Anwendbarkeit und Umfang von Art. 3 GG i.V.m. der Konzessionsvergabe für ein bestimmtes Gebiet zu sehen sein. Es wird noch zu erörtern sein, inwieweit der Gleichheitssatz bei der "Netzvergabe" zur turnusgemäßen Berücksichtigung der Bewerber verpflichtet. Völlige Abschlußfreiheit kann für die Gemeinden schon deshalb nicht bestehen, weil es sich - wie aufgezeigt - materiell um Verwaltungstätigkeit handelt, was sich auch aus dem Rückschluß aus § 11 EnWG ergibt.¹³²⁾ Zum Umfang der Bindung, der sich für Verwaltungstätigkeit aus Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG ergibt, sei hier nur angedeutet, daß sich neben der Verpflichtung aus Art. 3 GG möglicherweise aus weiteren öffentlich-rechtlichen Bindungen, wie dem Übermaßverbot, auch Einschränkungen bei der Wahl der Handlungsrechtsform ergeben können.¹³³⁾

Auswirkungen dieser Ligaturen ergeben sich zum einen auf das Auswahlermessen beim Abschluß von Konzessionsverträgen, nicht^{/aber} hinsichtlich des "Ob" der Fremdversorgung,¹³⁴⁾ da dieses nicht dem Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgebots unterfällt. Zum andern sind Beschränkungen des Inhaltsermessens zu besorgen, da lege lata noch für die Vergabe von Straßenbenutzungsrechten^{/sowie} hinsichtlich der Vergabe von Ausschließlichkeitsrechten im Hinblick auf die Vergabekriterien, da die Leitungsgebundenheit allein kein ausreichender Differenzierungsgrund ist. Möglicherweise ist auch hinsichtlich der Erhebung von Konzessionsabgaben das Ermessen beschränkt. Das Problem wäre im Falle eines gesetzlich geregelten Wegebenutzungsrechts allerdings obsolet. Daher sind zunächst die rechtstechnischen Möglichkeiten kommunaler Einflußnahme auf die Gebietsstruktur zu behandeln.

132) Zacher, Konzessionsverträge, S. 242.

133) Dazu Bartlsperger, DVBl. 1980, S. 249 ff., 256; ähnlich Biedenkopf/Kellmann, Energieversorgungsanlagen, S. 13.

134) Zacher, Konzessionsverträge, S. 267, 271.

D. Konzessionsmodelle, rechtskonstruktive Möglichkeiten und Grenzen der Gebietsregelung, Formen staatlicher Reglementierung, Neuordnung der Konzessionsvergabe

I. Erfüllung von Staatsaufgaben durch Private

Durch das Mittel der Konzessionsverträge werden rechtsbegrifflich gesehen private EVU in den Dienst staatlicher Aufgaben gestellt, wodurch private Initiative und Gewinnstreben zur Erfüllung öffentlicher Obligationen gewonnen werden. Zur Verwirklichung dieses Zwecks stehen der Intensität und der rechtlichen Handlungsform nach verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung.

1. Allgemeine Handlungsalternativen und Steuerungsmechanismen

Die Möglichkeiten der Einbindung Privater in den Wirkungskreis staatlicher Aufgabenerfüllung sind ebenso vielfältig wie durch große begriffliche Schwierigkeiten geprägt. Entsprechend der bereichsspezifischen Zwecksetzung ist die staatliche Einwirkung auf privates Handeln formell und inhaltlich abgestuft und reicht von lediglich öffentlichrechtlicher Bindung staatlichen Handelns bis hin zur Übertragung von Hoheitsbefugnissen durch Beleihung. Die wesentlichen Unterschiede bestehen im Grad der Pflichtenstellung Privater und der Nähe zur staatlichen Verwaltung und haben zu einer Formtypik geführt, die hier kurz und ohne Vertiefung der dogmatischen Diskussion dargestellt wird, um ihre Eignung für den Fall der Einbeziehung privater EVU in den Dienst der Aufgabenerfüllung Energieversorgung zu überprüfen.

- a) Der Begriff des Beliehenen geht zurück auf die Theorie Otto Mayers zur "Verleihung öffentlicher Unternehmungen". Als wesentlich wird darin die Übertragung der rechtlichen Macht über ein Stück öffentlicher Verwaltung zur Ausübung im eigenen Namen gesehen.^{134 a)} Gegenstand dieser Verleihung öffentlicher Unternehmen waren insbesondere Verkehrswege, Brücken und Eisenbahnen, die als öffentliche Verkehrswege von Privaten betrieben wurden. Heute begreift man diese Akte als Konzessionen und daher nicht mehr als Ausübung öffentlicher Verwaltung durch Private, während für Otto Mayer Verleihung und Konzession identisch waren. In der Tradition Otto Mayers wurde die Ausübung einer hoheitlichen Wirtschaftstätigkeit etwa durch Ausübung echter Konzessionen als Beleihung gesehen.^{134 b)}

Heute konzentriert sich die beleihungsrechtliche Diskussion auf den Gegenstand der Beleihung, wozu zwei Hauptansichten vertreten werden. Nach der sogenannten Aufgabentheorie wird der Beliehene zu materiell-staatlicher Tätigkeit berechtigt und verpflichtet.^{134 c)} Dies setzt voraus, daß es abgrenzbare materiell-staatliche Aufgaben gibt, die Private prinzipiell nicht wahrnehmen können, da nur solche Gegenstand einer Beleihung sein könnten. Der materiell-staatliche Bereich läßt sich aber nicht begrenzen, insbesondere gibt es keinen abschließenden staatlichen Aufgabekatalog, da der Staat in den Schranken des Grundgesetzes jederzeit eine Aufgabe zur staatlichen erklären kann. Die Aufgabentheorie in dieser Ausprägung ist daher nicht geeignet, die Beleihung zu erfassen.

134 a) Mayer, Verwaltungsrecht, Band 2, § 49, S. 431 ff., 431.

134 b) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1, § 46, S. 533 ff., 539.

134 c) Dazu etwa Menner, Begriffsmerkmale, S. 19.

Den Beliehenen-Begriff zu konkretisieren, wurde in der Weise versucht, daß auf die übertragene Staatsfunktion als solche, nicht auf die Wahrnehmung öffentlichrechtlicher Kompetenzen abgestellt wurde.^{134 d)} Neu an dieser Auffassung ist lediglich die Einbeziehung des grundgesetzlichen Schutzes Privater durch Art. 2 und Art. 12 GG.

Später wird diese Auffassung, die vom Begriff der übertragenen Staatsaufgabe ausgeht, auf die Übertragung staatlicher Kompetenzen auf Private erweitert.^{134 e)}

Der Beliehenen-Begriff wird auch auf verwaltungspri-
vatrechtlich zu vollziehende Kompetenzen und damit
auf alle Fälle der selbständigen Wahrnehmung von Ver-
waltungsaufgaben durch Private ausgedehnt, was eine
Bestimmung der Rechtsposition der an der Erfüllung
von Verwaltungsaufgaben beteiligten Privaten mindestens
erschwert.

Die sogenannte Rechtsstellungstheorie als maßgebliches
Gegenstück konzentriert sich auf die Zulässigkeit der
Wahrnehmung staatlicher Befugnisse. Entscheidend ist
danach die organisatorische Eingliederung des Privaten
in den Aufbau einer Verwaltungskörperschaft und die
Übertragung der Kompetenz zur Wahrnehmung staatlicher
Tätigkeit, also von originären - auch schlichthoheit-
lichen - Hoheitsbefugnissen.^{134 f)}

134 d) Steiner, DÖV 1970, 526 ff.

134 e) Steiner, Verwaltung durch Private, S. 47, S. 50.

134 f) In diesem Sinne etwa Scholz, Wesen, S. 29;
Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 133;
Michaelis, Der Beliehene, S. 67;

Die Beleihung Privater ist einerseits die stärkste Annäherung bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben an die staatliche Organisation, weil sie dadurch gekennzeichnet ist, daß den Privaten bestimmte hoheitliche Verwaltungskompetenzen übertragen sind, ihre Rechtsstellung also erweitert ist.¹³⁵⁾ Andererseits besteht die Pflichtenstellung der beliehenen Privaten hauptsächlich in der ordnungsgemäßen Wahrnehmung der verliehenen Befugnisse und nur sekundär im Dienst an einer öffentlichen Aufgabe. Die gegenständliche Aufgabe der Gebietsabgrenzung kann daher mit dem Institut der Beleihung nicht zutreffend erfaßt werden, da keine Ausweitung der Rechtsposition der EVU, auch nicht durch ein "Enteignungsrecht" nach § 11 EnWG erfolgt. Durch diese Vorschrift ist lediglich der Anspruch auf Durchführung eines Enteignungsverfahrens abgesichert, die Zulässigkeit der Enteignung wird nicht durch die EVUen festgestellt.

135) Statt vieler: Michaelis, Der Beliehene, S. 69; v. Mutius, VerwArch Bd. 62, S. 302; Piller, Verwaltungsmittlung, S. 30; v. Heimburg, Verwaltungsaufgaben, S. 36.

- b) Die wirtschaftsrechtliche Konzession stellt begriffswesentlich eine präventive Staatskontrolle für private Unternehmenstätigkeit dar.¹³⁶⁾ Diese Schranke der grundsätzlichen Gewerbefreiheit dient im Kern der Überwachung der Aufnahme gewerblicher wirtschaftlicher Betätigung von besonderem öffentlichem Interesse. Nicht entscheidend ist die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, die Pflichtenstellung hat also die Auswirkung privater Betätigung auf die Staatsgemeinschaft zum Hintergrund. Zu Recht hat daher das EnWG auf eine wirtschaftsrechtliche Konzessionierung der EVU verzichtet, da nicht die Versorgungstätigkeit als solche, sondern lediglich die Beachtung spezifischer Pflichten überwacht werden soll.
- c) Aus dem gleichen Grund scheidet die Rechtsfigur des staatlich gebundenen Berufs für die begriffliche Erfassung der Gebietsregelung aus. Mit diesem Terminus sollen der staatlichen Gemeinschaft besonders verpflichtete Berufstätigkeiten erfaßt werden. Gegenstand der Bezeichnung ist die öffentliche Pflichtigkeit des Berufs in seiner Gesamtstruktur,¹³⁷⁾ nicht die einzelfallmäßig zu statuierende Pflichtigkeit bezüglich konkreter Unternehmen und Gebiete.
- d) Dem Problem wird auch das interessante Modell Vogels von den öffentlichen Wirtschaftseinheiten in privater Hand¹³⁸⁾ nicht gerecht. Die im daseinsvorsorgerischen Bereich bestehenden öffentlichrechtlichen Bindungen privater Betätigung durch Aufsicht, Betriebspflichten und Zweckgebundenheit des Unternehmens sollen Teil einer durch öffentlichrechtliche Widmung begründeten

136) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 48 II a und b.

137) Badura, Verwaltungsmonopol, S. 254, insbesondere Fußnote 73.

138) Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 45.

Indienststellung für einen öffentlichen Zweck sein.¹³⁹
Die Widmung soll in Anlehnung an die öffentliche Sache das Unternehmen selbständiglich, nicht den Inhaber treffen.

Bezüglich der Gebietsregelung erscheint zunächst der dingliche Bezug ohne Interesse, insbesondere dient die Widmung aber maßgeblich der Auferlegung einer Duldungs- und nicht einer Handlungspflichtigkeit. Im übrigen erscheint zweifelhaft, inwieweit über sächliche Mittel hinaus ganze Unternehmen durch Widmung für eine öffentliche Aufgabe funktionalisierbar sind.

- e) Auch die Nomenklatur der Indienstnahme, Verwaltungshilfe bzw. Mediatisierung Privater¹⁴⁰⁾ bringt außer begrifflicher Erweiterung keine juristische Klärung. Die Fälle gesetzlicher Inanspruchnahme Privater zur Erledigung öffentlicher Aufgaben scheiden zum einen deshalb aus, weil sich die örtlich zu treffende Gebietsvergabeentscheidung nicht abstrakt generell normieren läßt, zum anderen weil eine gesetzliche Reglementierung der Versorgungskompetenz die Kommunen im Kernbereich ihres Selbstverwaltungsrechts aus Art. 28 Abs. 2 GG verletzen würde.

Die vertragliche Inanspruchnahme Privater begegnet zwar keinen rechtlichen Bedenken, ist aber auch nicht aussagekräftig, da über Inhalt, Form, Bindung und Rechtswirkungen der Dienstbarmachung Privater keinerlei rechtsdogmatische Aussage getroffen ist. Eine ordnungspolitische Neubestimmung der Funktionalisierung Privater wird dadurch nicht entbehrlich.

139) Vogel, Wirtschaftseinheiten, S. 211.

140) Maßgeblich Ipsen, Indienstnahme, Festgabe für E. Kaufmann, S. 141 ff., sowie Piller, Verwaltungsmittlung, S. 38; Steiner, DÖV 1970, 526 ff. und Verwaltung durch Private, S. 47 ff.; 184 ff.

- f) Unter dem Überbegriff des staatsentlastenden Privathandelns lassen sich die lediglich einer einzelfallbezogenen Staatskontrolle im Wege der Aufsicht, durch staatliches Einvernehmen, Genehmigung und Beanstandung unterworfenen privaten Tätigkeiten zusammenfassen. Hier ist nicht zu verkennen, daß durch die genannten Rechtsakte lediglich die Möglichkeiten der Durchsetzung andernorts statuerter Pflichten angesprochen ist. Daher ist die Staatsaufsicht für sich genommen als Mittel der Gebietsregelung ungeeignet, zumal die Überwachungszuständigkeit zu klären bleibt.
- g) Abschließend seien die nutzungsverleihende Konzession und die Auftragsvergabe angesprochen. Erstere kann de lege lata noch als die treffendste Bezeichnung der Gebietsvergabe an private EVU bezeichnet werden, läßt allerdings die öffentlichrechtliche Einbindung in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben infolge des bereits aufgezeigten Zusammenhangs mit privatrechtlich geregelter Sondernutzungsvergabe und Demarkationsvereinbarungen vermissen. Es wird noch aufzuzeigen sein, daß die Trennung von Gebietszuteilung und Nutzungsrechten ein wesentlicher Schritt zur Beseitigung dieses Hindernisses ist.

Die Auftragsvergabe erscheint zwar zunächst nicht vergleichbar, da sie weder Versorgungsverhältnisse betrifft, noch unmittelbar der Erledigung öffentlicher Aufgaben dient, sondern die Ausführung einzelner Aufträge regelt. Sie ist jedoch in der Ausprägung der Ausschreibung als Vorbild zur Wahrung der gleichmäßigen Gebietsvergabe im Hinblick auf die Monopolsituationen zu erörtern.

Die Übertragung des Versorgungsrechts stellt sich damit bereits heute als dogmatisch nicht eindeutig faßbarer multifunktionaler Vorgang mit Elementen der Indienstnahme, der Widmung und der nutzungsverleihenden Konzession dar, der die erforderliche Pflichtigkeit und Instrumentalisierung Privater im Dienst der öffentlichen Aufgabe keineswegs ausreichend erfaßt. Auch die derzeit üblichen Betriebsklauseln bei Indienstnahmeverträgen und die Regelung des §§ 6 Abs. 1 EnWG reichen nicht aus, der als notwendig erkannten Aufgabe der Beeinflussung der Versorgungsgebietsstruktur gerecht zu werden.

2. Geeignete Mittel für die Gebietssteuerung

- a) Im Rahmen der Reformdiskussion reichten die Vorschläge für eine verbesserte Einflußnahme auf die Gebietsstruktur der Versorgungswirtschaft bis hin zur Forderung nach Verstaatlichung der gesamten Energiewirtschaft¹⁴¹⁾ bzw. jedenfalls des Leitungsnetzes. Es muß ^{hier} nicht besonders betont werden, daß allein die Überführung einer Tätigkeit in die Gemeinwirtschaft noch keine Verbesserung der Gebietsverhältnisse zur Folge hat, wie die Erfahrungen mit nationalisierter Energiewirtschaft zeigen, ganz zu schweigen von der unfinanzierbaren Enteignungsentschädigung.

Unter dem besonderen Gesichtspunkt der Intensivierung des Wettbewerbs zwischen den Versorgungsunternehmen wurde vorgeschlagen, die Elektrizitätserzeugung von der Stromverteilung zu trennen.¹⁴²⁾ Wenn es den Unternehmen der Stromerzeugung verwehrt sei, sich auf die wettbewerbshemmende Kapitalintensität zu berufen, ^{sobald} ihnen die Sorge um das Leitungsnetz abgenommen sei, könnten die gesetzlichen wettbewerbsbeschränkenden Regelungen abgeschafft werden.

141) Dazu etwa Michaelis in ET 1979, S. 3 ff.; Stumpf, ZögU 1979, S. 277; zur Reformdiskussion auch Obernolte, DB 1975, S. 2165 ff.

142) Gröner, Ordnung, S. 409 ff., 437 ff.; kritisch dazu insbesondere Immenga, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 248.

Weil sich die Monopolstruktur des Leitungsnetzes nicht auflösen läßt, wenn man Doppel- oder Mehrfachinvestitionen vermeiden will, wurde vorgeschlagen, dieses Monopol wenigstens unwirksam zu machen. Als Lösung wurde erörtert, ^{das} Eigentum an den Leitungsnetzen von der Verteilerfunktion zu trennen und als gesonderte Träger (private) Leitungsgesellschaften zu bilden. Die Übernahme der Leitungsnetze wäre öffentlich auszuschreiben. Der Gefahr einer monopolistischen Preispolitik der Leitungsunternehmen müßte durch eine scharfe Überwachung begegnet werden. Es muß eingeräumt werden, daß dieses Modell durch die Erfordernlichkeit der Kontrolle an den gleichen Mängeln leidet, wie andere Mißbrauchsaufsichten auch. Hauptvorteil dieses Vorschlags ist die Möglichkeit der Leitungsunternehmer, das Netz an die jeweiligen Konsumenten zu vermieten.

Die von Gröner vorgeschlagene Verselbständigung des Leitungsnetzes stößt mangels ausreichender Berechenbarkeit der Konsequenzen auf starke rechtliche Bedenken. Der Vorschlag ist wettbewerbstheoretisch bestechend, bringt aber eine tiefgreifende Änderung der Rahmenbedingungen mit unvorhersehbaren Realisierungsproblemen mit sich.¹⁴³⁾ Diese

143) Bönner, Fortentwicklung, S. 95.

begründen Zweifel an der Funktionstüchtigkeit und Praktikabilität auch, weil die angesichts physikalisch-technischer Voraussetzungen wichtige, für Erzeugungs- und Leitungsbereich gemeinsame Planung nicht mehr erfolgen kann. Die Gefahr divergierender Kapazitäten und kapitalinvestiver volkswirtschaftlicher Fehlinvestitionen sei hier nur angedeutet.¹⁴⁴

- b) Ähnliche Bedenken ergeben sich gegen die Einführung einer staatsmonopolistischen Gebietskonzession.¹⁴⁵⁾ Zur Erreichung des Zieles einer optimalen Gebietsversorgung wird die Verleihung einer staatlichen Gebietskonzession erörtert, die seitens der Energieaufsichtsbehörde als Befugnis zur Durchführung der öffentlichen Versorgung erteilt werden soll. Wenngleich die EVU damit wohl nicht Beliehene in staatlich gelenkter öffentlichrechtlicher Betätigung werden,¹⁴⁶⁾ so ist jedenfalls eine Verletzung der zum Kernbestand der kommunalen Wesensgehaltsgarantie gehörenden Energieverteilungskompetenz zu besorgen, die vermieden werden sollte.
- c) Die rechtspolitische Hauptforderung beschränkt sich daher auf eine Verstärkung der fachaufsichtlichen Befugnisse bei den zuständigen Länderbehörden. Die grundsätzliche Verbesserungswürdigkeit des Aufsichtsrechts hat bereits die Monopolkommission festgestellt, wobei sie den Zweck der Strukturbeeinflussung in den Vordergrund gestellt hat.¹⁴⁷⁾

144) Bönner, Fortentwicklung, S. 74.

145) Zur faktischen Identität mit einer Betriebs- oder Wirtschaftskonzession Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 565 ff., 565 f.

146) So aber Tegethoff, Grundsatzprobleme, S. 51 ff., S. 63 f.

147) Monopolkommission, Hauptgutachten I, S. 420 ff., 422; dazu auch Obernolte DB 1975, S. 2169; kritisch zu den Informationspraktiken der Monopolkommission über die Fachaufsicht allerdings Dehner, Fachaufsicht, S. 33.

Im aufsichtspolitischen Zusammenhang erscheint zunächst das unkoordinierte Nebeneinander von Fach-, Kartell-, Preis- und Kommunalaufsicht problematisch. Die zu allem Überfluß noch geforderte Bundeszentralbehörde kann angesichts des hier zu behandelnden örtlichen Bezugs unberücksichtigt bleiben. Auch der Gegenstand der fachaufsichtlichen Entscheidung ist keineswegs geklärt, zumal offen ist, unter welchem Gesichtspunkt die hier zu behandelnden Gebietsvergabeverträge aufsichtlicher Beurteilung unterliegen sollten. Darüber hinaus sind die rechtstechnischen Formen des Verfahrensablaufs zu klären, die von einem befristeten Be-
anstandungsrecht bezüglich der Verträge über den Vorschlag mehrstufiger Verwaltungsakte bis hin zu einer Funktionsänderung zu aktiv gestaltenden Aufsichts-
befugnissen reichen. Auch Aufsichtsmaßstäbe (etwa Raumordnungsgesichtspunkte) und Ermessens-
kriterien sind zu bestimmen. Die funktionelle Zugehörigkeit der Vertragspraxis zur kommunalen Selbst-
verwaltung und die bisherige Ineffizienz der Aufsicht setzen den Reformüberlegungen rechtliche wie praktische Grenzen.

- d) Statt dessen soll^{te} die erst im Zuge der Zerschla-
gung der kommunalen Selbstverwaltung durch die
Zentralverwaltungswirtschaft des Dritten Reiches
beseitigte Beteiligung der Kommunalaufsicht an
der Energieaufsicht¹⁴⁸⁾ Ausgangspunkt von Reform-
überlegungen sein. Das bereits damals vorgesehene
Zusammenwirken bringt auch für die heutige Situa-
tion den Gesichtspunkt der Harmonisierungspflich-
tigkeit von örtlichen, fachspezifischen, fachüber-
greifenden und überregionalen Gesichtspunkten
zum Ausdruck.

148) Die in § 1 Abs. 2 EnWG enthaltene Beteili-
gung wurde durch Erlaß vom 29. Juli 1941 über
den Generalinspektor für Wasser und Energie
beseitigt, vgl. Püttner, Energieversorgung,
S. 34 mit Fußnote 6.

e) Da die Gebietssteuerung schwerpunktmäßig eine Angelegenheit der örtlichen Verwaltung ist, muß sie unter den kommunalrechtlichen Kompetenzentscheidungen fallen. Die Versorgungsgebietsvergabe unter Übertragung eines ausschließlichen Versorgungsrechts, d.h. der direkte Einfluß auf die Wahl der Vertragspartner aus dem Bereich der EVU muß in kommunaler Regie verbleiben. Die aufsichtliche Überprüfung dieses Verhaltens kann daher allenfalls auf die Vereinbarkeit mit den Gegenständen der Spezialaufsicht hin erfolgen. Die Wege der gegenseitigen Beteiligung sind unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der kommunalen Selbstverwaltung zu ermitteln. Die materiell kommunalrechtliche konzessionsvertragliche Indienstnahme könnte möglicherweise von einem energieaufsichtlichen Einvernehmen oder einer nicht erfolgten kartellrechtlichen Beanstandung abhängig zu machen sein. Die bürgerchaftliche Kontrolle über die Wahlen zum Gemeinderat seitens der Bürger als betroffener Verbraucher sollte bei der rechtspolitischen Wertung nicht unberücksichtigt bleiben.

II. Zukünftige Ausgestaltung hoheitlicher Gebietsregulierung (neues EnVG).

Die ermittelten Ergebnisse sind zweckmäßigerweise bei der künftigen Ausgestaltung eines Energieversorgungsgesetzes (EnVG) zu berücksichtigen. Ein zentrales Anliegen muß dabei die publizierte und normative Erfassung der Gebietsregulierung im konzessionsvertraglichen Bereich sein.

1. Erforderlichkeit umfassender gesetzlicher öffentlichrechtlicher Regelung

Im Interesse und zur Stabilisierung der unverändert beizubehaltenden obersten Ziele der Billigkeit und Preiswürdigkeit der Energieversorgung erscheint die anzustrebende globale Neuregelung des Rechts der örtlichen Verteilung nach öffentlichem Recht aus mehreren Gründen einschichtig.¹⁴⁹⁾ Es handelt sich um den letzten, die Verhältnisse zwischen Trägern öffentlicher Belange regelnden Rechtsbereich, der noch nicht öffentlichrechtlich ausgestaltet ist. Der Bereich der Straßenkreuzungen, der Kreuzungen zwischen Straßen und Eisenbahnen und der Kreuzungen zwischen Straßen und Gewässern ist bereits in öffentlichrechtlicher gesetzlicher Form und zur Zufriedenheit der Beteiligten geregelt.¹⁵⁰⁾

- a) Eine derartige öffentlichrechtliche Regelungsausgestaltung legt bereits der zum eigenen Wirkungskreis der Gemeinden gehörende Anknüpfungspunkt der örtlichen Versorgungsaufgabe nahe. Die bisher gegen diese Ansicht vorgetragenen Argumente¹⁵¹⁾ können nicht überzeugen. Insbesondere spricht die Zulässigkeit privater Unternehmensbetätigung auf diesem Sektor keineswegs gegen eine aus kommunalrechtlichen Gründen zu konzipierende öffentlichrechtliche Ausgestaltung der Konzessionsverhältnisse. Vielmehr erfordern die dauernde Funktionsfähigkeit der öffentlichen Energieversorgung

149) Die Überführung des gesamten Rechtskomplexes de lege ferenda bejaht in jüngster Zeit auch Schlosser, BayVB1. 1982, S. 545 ff., 546, wo er auch die Widerstände seitens der Versorgungswirtschaft gegen eine solche Regelung behandelt.

150) Für eine Regelung in rechtsähnlicher Ausgestaltung auch für den gegenständlichen Bereich schon Bartlspurger, DVBl. 1980, 249 ff., 257.

151) Insbesondere Büdenbender, Energierecht, RdNr. 975; Fischerhof, DÖV 1957, 305, 306; Maunz, VerwArch 50 (1959), S. 315; Tegethoff-Büdenbender-Klinger, Energieversorgung, § 2 EnWG, Anm. 3, Tz. 10.

und die intensive örtlich ausgerichtete Sozialpflichtigkeit dringend eine öffentlichrechtlich gestützte kommunale Einflußmöglichkeit¹⁵²⁾ auf die Konzessionsverträge. Ein Vorschlag in diese Richtung ist die Schaffung einer gesetzlichen Ermächtigung für das gemeindliche Vertragsänderungsrecht.¹⁵³⁾

- b) Aber auch die energiewirtschaftliche Zielsetzung der gesamtwirtschaftlichen Strukturverbesserung mit dem Zweck einer besseren Durchmischung der Versorgungsgebiete legt eine verstärkte öffentlichrechtliche Regelung der Versorgungsgebietsformierung nahe. Die hier angesprochene öffentlichrechtliche Verantwortlichkeit kollidiert nicht einmal mit der in der amtlichen Begründung zum EnWG ausgesprochenen "Wahrung der freien Entfaltungsmöglichkeit für die wertvollen Kräfte selbständiger Unternehmensverantwortung", da auch letztere unter dem Vorbehalt staatlicher Rahmenbedingungen und Reglementierungen stehen,^{/wo} spezifische Besonderheiten des Gemeinwohls dies erfordern.
- c) Auch die straßenrechtlichen Belange einer effektiven Durchsetzung der Straßenhoheit sowie die letztendlich systemgerecht gesetzlich zu regelnde Folgekostenproblematik bedürfen einer einheitlich öffentlichrechtlichen Regelung. Die gegenwärtigen Gebietsschutzverträge und der künstlich aufrechterhaltene Privatrechtsvorbehalt in einem grundsätzlich öffentlichrechtlich geregelten Benutzungssystem sind mit heutigen Vorstellungen von Straßenhoheit nicht mehr zu vereinbaren.¹⁵⁴⁾ In die-

152) Stern, Rechtlicher Standort, S. 101 spricht sogar von kommunaler Beherrschung.

153) So Scholz, Gebietsreform, S. 23.

154) Zu den kommunalen Interessen in diesem Zusammenhang und den beschränkten Wahlmöglichkeiten des Gesetzgebers Marschall, Benutzung, S. 5 f.

sem Zusammenhang darf auf den ersten Entwurf des Bundesverkehrsministeriums zum Fernstraßengesetz hingewiesen werden, der vorgesehen hatte, die Rechtsbeziehungen zwischen den EVU und den Straßenbaulastträgern schlechthin dem öffentlichen Recht zuzurechnen.¹⁵⁵⁾

- d) Schließlich sei noch auf die kompetenzrechtliche Problematik hingewiesen, da die verschiedenen denkbaren rechtspolitischen Lösungsalternativen auch divergierenden Gesetzgebungszuständigkeiten unterliegen. Es sei hier nur angedeutet, daß eine legislative Ausweitung der Energieaufsicht wohl von Art. 74 Nr. 11 GG erfaßt wäre, die Institutionalisierung von kommunalrechtlichen Genehmigungsvorbehalten aber nur in die Kompetenz des Landesgesetzgebers fiele.¹⁵⁶⁾

Der entscheidende Schritt innerhalb einer Neukonzeption dürfte ^{daher} in der Trennung der Übertragung des Versorgungsrechts von der benutzungsrechtlichen Seite liegen.

2. Trennung der konzessionsvertraglichen Übertragung des Versorgungsrechts durch Monopolklauseln seitens der Gemeinden von der gesetzlich zu regelnden wegebenutzungsrechtlichen Seite

Maßgeblich zur Klärung des rechtsgegenständlichen Bereichs trägt eine Aufspaltung des bisherigen Konglomerats vertraglicher Gegenstände in die Übertragung des Versorgungsrechts und die sich für derart Berechtigte ergebende benutzungsrechtliche gesetzliche Regelung dar.

155) Vgl. § 8 des Entwurfs vom 10.4.1953 mit Begr., BT-Drs. I/4248.

156) So schon Scholz, Gebietsreform, S. 44 ff., 47.

- a) Danach sollten die Kommunen zur sachgerechten Beeinflussung der Gebietsstruktur die ausschließliche Befugnis zur Vergabe von Versorgungskonzessionen - unter Aufrechterhaltung der vertraglichen Form - erhalten. Wichtig erscheint insbesondere, einer derartigen Konzessionsbefugnis Unabhängigkeit und Vorrang vor den privatautonomen Gebietsabsprachen zwischen den EVU einzuräumen, da die am Gesamtwohl orientierte kommunale Verantwortung für die Energieversorgung Vorrang vor rein wirtschaftlich ausgerichteten Überlegungen der Unternehmen verdient.

Die Interessen der Versorgungswirtschaft an der Aufrechterhaltung der von ihnen bestimmten Gebietsverhältnisse sind vorrangig von den betriebswirtschaftlichen Unternehmenszwecken bestimmt. Diese sind vor allem größtmögliche Rendite der kapitalintensiven Investitionen sowie Aufrechterhaltung der konkurrenzfreien Monopolstruktur. Dem stehen die gemeindlichen Interessen und Aufgaben aus der Selbstverwaltung, wie etwa örtliche Planung, Gestaltung der Infrastruktur, Stadtentwicklung, Straßenbau und Gesundheitspflege, Industrieansiedlung und Wirtschaftsförderung gegenüber. Ist das Verhalten der Unternehmen also eher ertragsorientiert, so muß das der Gemeinden eher sozial-, versorgungs-, siedlungs- und investitionspolitisch ausgerichtet sein.

Die Ausgestaltung der Beziehungen im einzelnen könnte weiterhin innerhalb der eventuell neu zu bezeichnenden Monopolverträge erfolgen.

- b) Dieser konzeptionelle Weg umginge auch die für kleinere Gemeinden durch eine Erweiterung der energieaufsichtlichen Kompetenzen drohende Gefahr. Die Aufgaben, die den öffentlichen Gebietskörperschaften zustehen, umfassen auch Marktordnungsfunktionen, an denen auch kleinere Gemeinden Anteil haben müssen.

- c) Darüber hinaus vermeidet diese Lösung den Umweg über das als konzessionsrechtlicher Anknüpfungspunkt überholte Wegeeigentum. Unabhängig von der benutzungsrechtlichen Seite mit den straßenrechtlichen Fragen knüpft die Übertragung der Versorgungsaufgabe /¹⁵ Schwerpunktorientierter Wertung allein an die kommunale Selbstverwaltungsaufgabe der Energieversorgung an.
- d) Schwieriger stellt sich die Neufassung des Umfangs und der näheren Ausgestaltung der Delegation von Versorgungsfunktionen auf die einzelnen EVU dar. Zunächst sind die verfassungsrechtlichen Bindungen der kommunalen Konzessionierung festzulegen, innerhalb derer als Konsequenz der konzessionären Vorrangstellung gegenüber Demarkationen, die bereits in der Literatur diskutierte Ausschreibungspflicht zu erörtern ist. Desweiteren ist zu behandeln, inwieweit bei der Gebietsvergabe landesplanerische Gesichtspunkte zu beachten sind, in welchem Umfang die Vertragsform aufrechterhalten werden kann und inwieweit die rein energiewirtschaftlichen Gesichtspunkte der Investitionskontrolle, der Preisaufsicht und der Planfeststellung eine energieaufsichtliche Beteiligung an der Konzessionsvergabe rechtfertigen, deren nähere Ausgestaltung zu umreißen ist.

3. Grundrechtsschutz der EVU gegenüber kommunaler Konzessionierung

- a) Die Problematik geht über die vordergründige Fragestellung der Anwendbarkeit von Grundrechtsschutz auf juristische Personen des Privatrechts nach Art. 19 Abs. 3 GG weit hinaus. Unproblematisch ist die Feststellung, daß die Grundrechte jede öffentliche Gewalt, also auch die Kommunen binden (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG). Dahingestellt bleiben kann nach dem hier vorgetragenen Modell auch die Frage, inwieweit privat-

rechtliches Handeln der Gemeinde grundrechtspflichtig ist,¹⁵⁷⁾ da die Neuvergabe des Konzessionsgebietes gerade öffentlichrechtlich geregelt werden soll. Aus dem gleichen Grund kann die Frage der Fiskalgeltung der Grundrechte hier dahinstehen, da das konkurrenzwirtschaftliche Konzessionsvertragsrecht jedenfalls de lege ferenda als öffentlichrechtlich zu qualifizieren ist.¹⁵⁸⁾ Verfassungsrechtlichen Schranken unterliegt die Gebietsvergabe allerdings nur, wenn diese wirtschaftsfördernde und konkurrenzwirtschaftliche Maßnahme überhaupt grundrechtsbeeinträchtigend wirken kann. Zweifel sind angebracht, weil es sich nicht um rechtlich unmittelbar beeinträchtigende Maßnahmen handelt, sondern allenfalls um eine faktische Beeinträchtigung der privaten Rechtsstellung. Aber auch derartige Maßnahmen sind nach Ansicht des BVerfG¹⁵⁹⁾ und nach einer im Schrifttum verbreitet anerkannten Auffassung grundrechtlich relevant.

b) Regionale EVU und Eigentumsgarantie

Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG schützt grundsätzlich jedes vermögenswerte Recht sowie die freie Disposition über den sachlichen, wirtschaftlichen oder anderen Nutzen dieses Rechts.¹⁶⁰⁾ Als Teil des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebe-

157) Scholz, Gebietsreform, S. 71 bejaht in zutreffender Annahme einer materiellen Verwaltungsaufgabe die Grundrechtsgeltung im sogenannten Verwaltungsprivatrecht bereits de lege lata.

158) Scholz, aaO, S. 72 bejaht auch hier Grundrechtsgeltung, da der Konzessionsvertrag bereits heute als Institut des Gemeindewirtschaftsrechts/zu qualifizieren sei.

159) BVerfGE 38, 281, 302 ff.

160) So statt vieler Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 14 Rdnr. 32 f.; die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 1 GG behandelt Scholz, Gebietsreform, S. 80 ff.

trieb ist die konzessionsvertraglich eingeräumte Rechtsstellung des privaten EVU eigentumsrechtlich geschützt. Art. 14 Abs. 1 GG schützt hingegen nicht gegen den Ablauf eines Konzessionsvertrages bzw. die Nichtberücksichtigung bei der Neuvergabe des Versorgungsgebietes, da der Eigentumsschutz eine Bestands-, nicht eine Erwerbsgarantie darstellt.

Der Zusammenhang mit den Übernahme Klauseln kann hier noch zurückgestellt werden, da gesondert darauf einzugehen sein wird. Unter idealtypischer Betrachtungsweise kann auch ein möglicher Eingriff in Art. 14 GG durch die Gemeinde aus rein fiskalisch-erwerbswirtschaftlichen Gründen vernachlässigt werden, da die Gebietsvergabe unter rein versorgungspolitischen Zielsetzungen erfolgen soll.

Schließlich verletzt die kommunalautonome Gebietsvergabe auch nicht Art. 14 GG unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes.¹⁶¹⁾ Anzuerkennen ist er lediglich für die Fälle der verwaltungsmäßigen Zusage (diese Situation deckt sich mit dem bestehenden Konzessionsvertrag) und der von ihr veranlaßten Disposition. Ungeschützt bleiben müssen nicht verwaltungsseitig veranlaßte, sondern lediglich in subjektiver Hoffnung auf Fortbestand des Konzessionsvertrages oder den Konzessionserhalt getroffene Investitionen.

161) Zu diesem Gesichtspunkt insbesondere Kisker, VVDStRL 32, S. 149 ff.

Auch der Umstand des bestehenden Vorrangs von Demarkationen gegenüber der konzessionsvertraglichen Folgeregulung kann keinen Vertrauensschutz auslösen, da dieses Regelungssystem unproblematisch le lege ferenda einer Neubewertung legislativer Natur zugänglich ist.

Ohne die bereits erörterte Vertrauensschutzproblematik noch zu vertiefen,¹⁶²⁾ sei hier zusammenfassend festgestellt, daß unter ordnungspolitischen Reformüberlegungen eine Neubestimmung der Konzessionsvergabe keinen Verstoß gegen Art. 14 GG befürchten läßt.

c) Art. 12 GG

Unter dem Aspekt der Berufs- und Gewerbefreiheit ist der Frage nachzugehen, ob eine "Kommunalisierung" der Versorgungsgebietsvergabe die Berufs- und Gewerbeausübung oder -wahl in unzulässiger Form einschränkt. Da die geplante kommunale Steuerung der Gebietsvergabe nicht generell zu einer Übernahme der Energieversorgung in kommunale Regie, sondern lediglich zu einer stärkeren gemeindlichen Einflußnahme auf die Gebietsstruktur führen soll, bewegt sich die Reglementierung der Freiheit privater Energieversorgung auf der Ebene der Berufsausübung, nicht der Berufswahl. Etwas anderes würde nur gelten, wenn die Kommunalisierung mindestens zur typischen Folge hätte, die gesamte Versorgung gemeindlicher Steuerung zu unterwerfen. In der Tat könnte angesichts weitgehend intakter Versorgungsverhältnisse nur die Verfassungswidrigkeit eines solchen Ansinnens festgestellt werden. Dies ist aber nur im Einzelfall bei örtlichen EVU zu besorgen und bedarf dann gesonderter Überprüfung.

Auf der - regelmäßig vorliegenden - Stufe der Berufsausübung ist ein ordnender Eingriff bereits dann verfas-

162) Dazu insbesondere Scholz, Gebietsreform, S. 87 ff.

sungsgemäß, wenn vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls diesen rechtfertigen. Wiewohl rein erwerbswirtschaftlich ausgerichtete Fiskalinteressen gemeinwohlwidrig wären, sind die vorgetragenen Selbstverwaltungsbelange jederzeit Legitimation für eine zulässige Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit privater Energieversorger, da sie der Sicherung oder Verbesserung der örtlichen Energieversorgungsbedingungen zu dienen bestimmt sind.¹⁶³⁾ Schließlich ist in diesem Zusammenhang insbesondere der Grundsatz des Übermaßverbots zu beachten. Dieser zwingt auch für den gegenständlich rechtspolitischen Neuerungskvorschlag in seiner sozialstaatlichen, auf weitgehende Kompensation des staatlichen Eingriffs gerichteten Funktionskomponente zu einer kooperativen Lösung zwischen Gemeinden und privaten Energieversorgungsunternehmen.¹⁶⁴⁾ Dies bedeutet insbesondere, daß funktionsmäßig intakte Gebietsstrukturen auch nach der vorliegenden Neukonzeption ohne Verfassungsverstoß nicht ohne zwingenden Grund verändert werden dürfen. Das kann den Umstand nicht verdecken, daß die Gemeinde prinzipiell freier Zuständigkeitsträger mit Vorrangkompetenz sein muß. Zu prüfen bleibt, inwieweit dadurch die Gleichbehandlungspflicht verletzt ist.

163) In diesem Sinne auch Scholz, aaO, S. 77.

164) Dazu Scholz, aaO, S. 79.

d) Art. 3 GG

Anknüpfungspunkt in diesem Zusammenhang kann allenfalls ein willkürliches Verhalten der Gemeinde im Rahmen der notwendig an lediglich einzelne Bewerber erfolgenden Gebietsvergabe liegen, der als Rechtsanspruch auf wirtschaftliche Chancengleichheit verwirklicht wird. Da die Vergabekriterien nach dem hier vorgestellten Modell keineswegs dem rechtsfreien Raum entnommen sind, sondern vielmehr sachlogisch und zweckrational durch die Bedingungen der Energiewirtschaft und die Aufgabenerfüllung der Gemeinden vorgegeben sind, erübrigen sich konzeptionelle Bedenken unter dem Gesichtspunkt unsachlicher Ungleichbehandlung. Vielmehr gilt es zu untersuchen, ob die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sogar zur Ausschreibungspflicht für den Vergabeakt führt.

4. Ausschreibungspflicht für Kommunen bei der Vergabe nutzungsverleihender Konzessionen

- a) Die Idee einer Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung¹⁶⁵⁾ bei der Neuzuteilung einer Gebietskonzession hat ihren Ursprung im Haushaltsrecht (§§ 30, 1 HGRG, . Art. 55 BayHO), wo sie allein gesetzlich geregelt ist. Sie stellt sich als ein Verfahren dar, das der ein Vergabeverfahren durchführenden Behörde Gelegenheit bietet, vor der Auftragsvergabe einen Überblick über die Konditionen der Anbieter zu erhalten und den freien Wettbewerb der Bewerber zu fördern.

165) Zu diesem Gesamtkomplex Bartlsperger, Ausschreibungspflicht.

Der Auftrag soll danach demjenigen Anbieter erteilt werden, der das ökonomisch günstigste und am zuverlässigsten erscheinende Angebot abgegeben hat. Fraglich erscheint allerdings, ob die haushaltsrechtlichen Vergabevorschriften auf die nur bedingt rechtsähnliche Lage bei der Konzessionserteilung für Energieversorgungsgebiete entsprechend Anwendung finden können. Unterschiede ergeben sich insbesondere aus dem Wesen der beiden Rechtsvorgänge, da im öffentlichen Vergabe- und Auftragsbereich regelmäßig die Behörde der initiative Nachfrager ist, während bei der Bewerbung um die Versorgungszuständigkeit mittels Antrag das Verfahren seitens der Antragsteller ausgeht. Zuzugeben ist freilich, daß bei der gegenständlichen Fremdversorgung die Initiative zur Gebietsvergabe auch von der Gemeinde ausgehen kann.

Die rechtliche Bedeutung dieser Differenzierung liegt in der Frage, ob bei der vorliegenden Problematik dem gemeindlichen Informationsbedürfnis, der wirtschaftlichen Haushaltsführung, der Wettbewerbsinitiiierung sowie der individualrechtlichen Chancensicherung schon durch das Antragsverfahren nach VwVfG (§ 22 Satz 2 Nr.2 VwVfG bzw. die entsprechenden Vorschriften der Länder) oder nur durch das Ausschreibungsverfahren nach den Grundsätzen des Haushaltsrechts genüge getan ist.

Von entscheidender Bedeutung ist bei der Beurteilung dieser Frage, daß es sich um keinen Vorgang im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden handelt, sondern um die Erfüllung einer freiwilligen kommunalen Aufgabe auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge mit materiellem Verwaltungscharakter.¹⁶⁶⁾ Die ausschließlich für die Haushaltsbewirtschaftung geregelte Rechtspflicht zur öffentlichen Ausschreibung kann auf die Vergabe kommunaler Versorgungsgebiete daher wegen Vorrangs der Erfüllung von Verwaltungszwecken auch keine entsprechende Anwendung finden. Dieser Umstand hält auch davon ab, die Ausschreibungspflicht de lege ferenda in Betracht zu ziehen.

Auch die speziellen wettbewerbsrechtlichen Regelungen veranlassen nicht eine öffentliche Ausschreibung. Eine explizite Regelung einer Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung ist dem GWB nicht zu entnehmen, aber auch aus dem Normzweck bzw. den allgemeinen Regelungen des GWB läßt sich eine derartige Pflicht nicht herleiten. Das Wettbewerbsrecht verfolgt seine Zwecke auf anderem Wege (Vertragsanmeldung, Mißbrauchsaufsicht).

- b) Somit bleibt zu entscheiden, ob unter dem Aspekt eines chancensichernden Individualrechtsschutzes aus Art. 3 GG eine Pflicht der Kommunen zur Ausschreibung resultiert. Gegen eine solche Ableitung spricht bereits, daß die haushaltsrechtlich verankerte Ausschreibungspflicht dem öffentlichen Interesse an sparsamer Haushaltsbewirtschaftung und nicht privaten Interessen zu dienen bestimmt ist.¹⁶⁷⁾ Darüber hinaus schützt Art. 3 GG lediglich gegen hoheitliche Verzerrung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, gewährleistet hingegen nicht die wirtschaftliche Chancenverwirklichung. Die Verwirklichung der wirtschaftlichen Chancengleichheit besteht in der Möglichkeit der Antragstellung und der Pflicht zur ermessensfehlerfreien, ins-

166) So im Ergebnis auch Bartlsperger, Ausschreibungspflicht, S. 51.

167) Bartlsperger, aaO, S. 52.

besondere das Willkürverbot achtenden Verbescheidung durch die Verwaltung.

Damit ist allerdings noch keine Aussage getroffen, ob zur Wahrung der Chancengleichheit nicht andere Maßnahmen, wie Gebietsvergabe in festem Turnus oder zumindest vor jeder Gebietsveränderung, durchzuführen sind bzw. wie potentielle Antragsteller auf die Möglichkeit zu rechtzeitiger Antragstellung hinzuweisen sind. Eine in regelmäßigen Abständen durchzuführende Neuvergabe erscheint deshalb angebracht, um Konkurrenten die Möglichkeit der Bewerbung zu geben, der Gemeinde aber die Gelegenheit des Vergleichs mehrerer Bewerber neben dem bisherigen Versorger einzuräumen, wobei die Kommune an der Verlängerung des Versorgungsverhältnisses mit dem bisherigen Versorger unter Wahrung sachlicher Abwägungskriterien nicht gehindert ist. Um die verfahrensrechtliche Chance der ordnungsgemäßen Antragsstellung wahrnehmen zu können, ist potentiellen Bewerbern auf geeignete Weise der Zeitpunkt der Neuvergabe rechtzeitig bekannt zu machen. Zu erörtern ist schließlich, ob der Zuschlag über die Gebietsvergabe im Interesse größtmöglicher Objektivität durch unabhängige Sachverständige erfolgen sollte.¹⁶⁸⁾ Dem ist entgegenzuhalten, daß eine Bindung an die Entscheidung außenstehender Dritter für die Gemeinde einen nicht haltbaren Eingriff in die Belange der kommunalen Selbstverwaltung enthalten müßte.

Nicht gesondert betont zu werden braucht, daß die gleichen Einwände bezüglich ^{einer} Ausschreibungszuständigkeit mit Zuschlagskompetenz zugunsten der Energieaufsichtsbehörden¹⁶⁹⁾ gelten müssen.

- c) Zur Wahrung der chancensichernden Gleichbehandlung gehören auch meßbare Vergleichs- und Vergabekriterien, die die

168) So Hamm, Stufenplan, in: Röper, Wettbewerbsprobleme, S. 100 ohne weitere Begründung.

169) So VIK, Grundsätze, ET 1961, S. 102.

Ermessensentscheidung der Kommunen bei der Gebietsvergabe justiziabel machen.

- aa) Die Vergabeentscheidung kann etwa vom Umstand einer kapitalmäßigen Beteiligung der konzessionierenden Gemeinde an dem für die Versorgung vorgesehenen EVU positiv beeinflusst werden. Allein der Umstand der Anteilseignerschaft kann unter den Maximen der Optimierung der Gebietsversorgung nicht entscheidender Gesichtspunkt sein. Demgegenüber ist aber die faktische Nähe zur **Eigenversorgung** zu berücksichtigen. Auch nach der Kompetenzentscheidung zugunsten der Versorgung durch ein rechtlich selbstständiges Privatunternehmen muß die Kommune sogar interessiert sein, mit allen ihr zur Gebote stehenden - etwa gesellschaftsrechtlichen - Mitteln, auf das Verhalten des EVU Einfluß im Sinne der ordnungsgemäßen Erfüllung der Versorgungsaufgabe zu nehmen. Daher kann angesichts der grundsätzlich bestehenden Entscheidungsfreiheit zugunsten der sogenannten Eigenversorgung eine Konzessionierung teilweise oder ganz im Eigentum der Gemeinde stehender Unternehmen bei Beachtung der weiteren Vergabekriterien nicht als rechtsfehlerhaft qualifiziert werden.
- bb) Weiteres Kriterium bei der Übertragung des Versorgungsrechtes ist die Vermeidung unwirtschaftlicher Doppelinvestitionen¹⁷⁰⁾ bzw. unrationeller Lehrkapazitäten. Aufgrund der technisch-ökonomischen Besonderheiten der Versorgung mit elektrischer Energie (Leitungsgebundenheit, fehlende Speicherbarkeit sowie hohe Investitionen) kann jedem Anbieter grundsätzlich nur ein Abnehmer gegenüberstehen, da andernfalls sehr hohe Vorhaltekosten für Parallelhaltung von Energieverteilungsanlagen sowie -leitungen entstünden. Das Vorhalterisiko trifft zwar grundsätzlich den Konkurrenten, da - wie bereits dargelegt - nur die Chance auf wirt-

170) Dazu etwa Immenga, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 239; Beer-Laux, Gemeinde, S. 37.

schaftliche Betätigung grundrechtlich gesichert ist, nicht auch die Chancenrealisierung. Im Bereich der Energieversorgung sind angesichts der Dimension der Aufwendungen Reserveinvestitionen aber generell als gemeinwohlwidrig zu bezeichnen.¹⁷¹⁾ Um dennoch die Konkurrenz zu fördern bzw. die sachfremde Verfestigung bestehender Verhältnisse zu verhindern, sind für den Fall der Änderung oder des Wechsels der Versorgungszuständigkeit Folge- und Übernahmeregeln zu fixieren, die unter Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten eine Nachfolge in die Versorgungsaufgabe ohne volkswirtschaftlich schädliche Nebenfolgen ermöglichen.

- cc) Mehr Schwierigkeiten bereitet hingegen das Kriterium der "besten Versorgung" als Maßstab für die Vergabeentscheidung. Besonders an diesem Merkmal wird deutlich, daß die Berücksichtigung und Harmonisierung des Interessenbündels nicht allein eine mehrschichtige Ermessensabwägung in der Hand eines Entscheidungsträgers erforderlich macht, sondern eine verfahrensmäßige Regelung zu konzipieren ist, die den Einfluß aller von der Gebietsvergabe berührten und im weitesten Sinne mit energierechtlichen Fragen befaßten Stellen in angemessenem Umfang sichert. In Konsequenz der oben bereits begründeten Wertentscheidung der Zugehörigkeit der örtlichen Energieverteilung zum Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung verdienen auch nichtkommunalrechtliche Aspekte eine durch verfahrensmäßige Ausgestaltung gesicherte Beachtung bei der Konzessionsentscheidung. Neben der Einbeziehung

171) Nicht gefolgt werden kann insoweit Immenga, aaO, der im Falle eines neu in die Versorgung eintretenden Unternehmens bei günstigerem Energiebezug die Kosten neuer Transportanlagen gesamtwirtschaftlich für ausgleichbar hält.

energiewirtschaftlicher, straßenrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Aspekte infolge mehrfunktionaler Konstitution der Gebietsversorgung hat die außerkommunale Vergabekompetenz - etwa durch unabhängige Sachverständige - keinen Raum mehr. Die kommunalrechtliche Pflicht zur ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung und die Erschließungsfunktion der Konzessionsverträge erlauben keine Delegation der Verantwortlichkeit auf neutrale Dritte, da die Steuerungs- und Kontrollfunktion der Verträge damit nicht mehr gewährleistet wäre. Bereits hier darf angemerkt werden, daß die Einnahmefunktion der Vergabe (durch Konzessionsabgaben) allenfalls Nebenzweck innerhalb der an den geschilderten Maßstäben zu messenden Konzessionsentscheidung sein darf.

- dd) Maßgeblichen Einfluß auf die Gebietszuweisung muß die Vergabedauer haben, da die langfristige Bindung an den Vertragspartner auf beiden Seiten erhebliches Vertrauen und Gewähr für die vertragsgemäße Erfüllung der Leistungspflichten voraussetzt. In diesem Zusammenhang besteht ein berechtigtes Interesse der EVU an einer Konzessionierung mindestens für die Dauer der Anlagenutzung bis zur Amortisation der Aufwendungen für Erstellung und Unterhaltung. Dieser Gedanke des Vertrauensschutzes hat Bedeutung aber nicht lediglich für die Laufzeit des Konzessionsvertrages, sondern kann im Einzelfall, insbesondere bei mehrfacher Vertragsverlängerung in der Vergangenheit bzw. bei längerfristigen, auf Veranlassung der Gemeinde vorgenommenen Investitionen, auch über die Vertragslaufzeit hinauswirken.¹⁷²⁾ Im Falle einer früheren Beendigung (durch vorzeitige Kündigung) des Vertrags-

172) So auch Scholz, Gebietsreform, S. 90 f.; dort auch zur Beachtung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit und zum angemessenen Interessenausgleich.

verhältnisses ist für eine gestufte Ablösung der Investitionen zu sorgen, was noch näher zu erörtern sein wird.

Im Ergebnis ist jedoch festzustellen, daß weder einzelne noch die Summe der bei der Vergabe zu beachtenden, den Gleichheitssatz wahren Kriterien Veranlassung geben, ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen, da die Einhaltung der oben geschilderten Ermessensgesichtspunkte innerhalb des verwaltungsverfahrensmäßigen Antragsverfahrens in chancensichernder Weise überwacht werden kann.

- d) In diesem Zusammenhang ist noch zu untersuchen, ob der Schutz der konzessionierten EVU nach der Vergabe des Versorgungsrechts nicht wenigstens die dingliche Sicherung der übertragenen Leitungsrechte erfordert. Dies erscheint aber im Hinblick auf die Unhaltbarkeit einer von der vertraglichen Rechtslage divergierenden dinglichen Sicherung unangemessen. Auch nach der Kündigung oder Nichtverlängerung eines Konzessionsvertrages könnte sich das betroffene EVU nicht mit Erfolg auf eine davon abweichende dingliche Sicherung berufen. Daher entfällt ein über die vertraglichen Absprachen hinausgehendes Sicherungsbedürfnis.

Auch wenn eine Ausschreibungspflicht sowie die dingliche Sicherung vertraglich eingeräumter Rechte nicht geboten sind, hat die konzessionierende Gemeinde auch innerhalb eines Vorrangs der Konzessionsentscheidung über private Gebietsabsprachen die Einbettung der örtlichen Planung in die landesplanerischen Vorgaben zu beachten.

5. Gebietsschutz und Landesplanung (örtliche Bauleitplanung und kommunale Entwicklungsplanung)

- a) Die Stellung der Energieversorgungsunternehmen im überörtlichen Planungsrecht¹⁷³⁾ ist keineswegs abschließend

173) Zur Verzahnung von kommunalen und staatlichen Interessen etwa Beer-Laux, Die Gemeinde, S. 45.

geklärt.¹⁷⁴⁾ Auch in diesem Bereich geht es um die Harmonisierung des Verhältnisses mehrerer Gesetze verschiedener Zwecksetzung und die verfahrensrechtliche Abstimmung der unterschiedlichen Planungsträger. So lenken das Raumordnungsgesetz (ROG) und die dazu ergangenen Raumordnungsprogramme¹⁷⁵⁾ die staatliche Nachfrage in bestimmte Regionen. Damit zu koordinieren ist die regional wirksame Fachplanung etwa des Straßenbaus, Städtebaus sowie der Energieversorgung. Das Ineinandergreifen allgemeiner, aber in detaillierten Ordnungsplänen konkretisierter Raumplanung, von raumbedeutsamer und raumbanspruchender Fachplanung und von lediglich sich auf den Raum auswirkender, z.B. wirtschaftsfördernder Regionalplanung erreicht Wirkungen, die die Kommunen zum Vertragsschluß mit bestimmten Partnern verpflichten können und auch den Privaten faktisch zur Annahme des Angebots zwingen.¹⁷⁶⁾ Die Verflechtung von Ortsplanung, Aufgabenplanung und Fachplanung fördert die Entwicklung von Dauerrechtsverhältnissen oder Verlängerung typischer Verträge.¹⁷⁷⁾

- b) Innerhalb und mittels dieser Verträge sollen die Friktionen zwischen energierechtlichen, planungsrechtlichen, kommunalrechtlichen und privaten Interessen der EVU ausgeräumt oder eine Harmonisierung verwirklicht werden. Nach der noch zu klärenden Frage, welcher Aufgaben- und Planungsträger die Ziele der Raumordnung am ehesten zu verwirklichen in

174) Einen wesentlichen Beitrag leistet Ladewig, Energieversorgungsunternehmen.

175) Eine Übersicht über die Bedeutung des Bundesraumordnungsprogrammes und über die Landesentwicklungsprogramme und -pläne gibt Hübler, in: Eberstein, Die Wirtschaftsförderung, IV 1, S. 6 ff., S. 12 ff.

176) In diesem Sinne Kirchhoff, Verwalten, S. 336.

177) Nicht gefolgt werden kann Kirchhof, aaO., bezüglich der zivilrechtlichen Einordnung der Verträge aus den bereits dargelegten systemkonsequenten Ordnungsgesichtspunkten.

der Lage ist, kann die verfahrensrechtliche Ausgestaltung behandelt werden.

- c) Ausgangspunkt der Überlegungen ist der Umstand, daß die privaten EVU sich den Ligaturen der Stadtentwicklung, der öffentlichen Versorgungsplanung und der Raumordnung nur widerstrebend freiwillig anpassen werden,¹⁷⁸⁾ zumal sie keine öffentlichen Planungsträger und damit nicht direkte Adressaten der Raumordnungsvorschriften nach § 4 Abs. 5 ROG sind. Eine Bindung ist daher nur mittelbar über den "öffentlichen Einfluß" der Gebietskörperschaften möglich.¹⁷⁹ Da auch die Energieaufsichtsbehörden Gesichtspunkte der Raumordnung bei der Ermessensausübung nicht berücksichtigen dürfen,¹⁸⁰⁾ ist die Verknüpfung von öffentlicher Versorgungsplanung, Raumentwicklung, Umweltschutz und Strukturbereinigung mit ihren Einflüssen etwa auf Industrieansiedlung und Infrastruktur am sinnvollsten durch eine Eingliederung in den Bereich der örtlichen Aufgaben zu würdigen.¹⁸¹

Der sachliche Umfang der Aufsicht richtet sich nach den konkreten Regelungen der §§3 ff. EnWG. Im einzelnen unterliegt der Aufsicht der Marktzutritt neuer Unternehmen nach § 5 EnWG, die Investitionskontrolle nach § 4, die Abmeierung nach § 8 und die Beteiligung bei der Enteignung nach § 11 EnWG. Die Lozierung der Planung auf den kommunalen Entscheidungsträger wird daher aus sachrationalen Gründen ersichtlich.

178) In diesem Sinne wohl Vogel, Die kommunalen Unternehmen, S. 19.

179) So Ladewig, EVU, S. 51; vgl. dazu auch Entschließung des Deutschen Verbandes für Wohnungswesen, Städtebau und Raumplanung e.V. vom 13.9.1978: Integrierte Energie- und Stadtentwicklungspolitik, in: VKU (Hrsg.), Erklärungen, S. 49 ff.

180) So - trotz § 5 Abs. 4 ROG - zutreffend Börner, Ermessen und EnWG, S. 36.

181) In diesem Sinne Vogel, aaO.

Dem Erfordernis umfassender staatlicher Planung¹⁸²⁾ wird die Versorgungsplanung sowohl als Teil der kommunalen Planungshoheit wie als Instrument der Stadtentwicklungsplanung durch integrative örtliche Versorgungskonzepte gerecht.¹⁸³⁾ Die Landesplanung allein kann Divergenzen zwischen örtlicher Planung und überörtlichen Energieversorgungskonzepten nicht beseitigen.¹⁸⁴⁾

Schon jetzt stehen die verschiedenen Planungsebenen nicht isoliert nebeneinander, sondern dienen in ihren Wechselwirkungen (etwa nach § 5 Abs. 4 ROG sowie § 1 Abs. 4 BBauG) dem gemeinsamen Ziel einer Koordination der Planung für die Energiewirtschaft mit den sonstigen Planungszielen. Diese Abstimmung ist auch erforderlich, weil Fragen des Verteilernetzes nicht nur eine Rolle grundsätzlicher Bedeutung für die Energiewirtschaft, sondern ebenso für die Stadtplanung und Raumplanung in den Ballungsgebieten spielen. So können beispielsweise Raumstrukturen u.U. durch Bündelung von Leitungen verschiedener Energiearten maßgeblich beeinflußt werden. Die Versorgungsplanung realisiert daher vielfältige Aufgaben kommunaler Planungsziele und erfüllt das Gebot der Harmonisierung der Kollisionsfälle zwischen örtlichen und überörtlichen Energieversorgungskonzepten.

182) Monopolkommission, Hauptgutachten I, S. 433 ff.

183) Vogel, Die kommunalen Unternehmen, S. 19; Büdenbender, Energierecht, Rdnr. 1009 ff.

184) Ladewig, EVU, S. 180.

Die sachrationalen Überlegungen zugunsten einer Entscheidungskonzentration über die Gebietsvergabe auch unter Berücksichtigung landesplanerischer Zielvorgaben bei den Kommunen läßt auch eine Erweiterung von Aufsichtsbefugnissen¹⁸⁵⁾ etwa bei der Energieaufsicht zur Erzielung gleichwertiger Versorgungsbedingungen als unzweckmäßig erscheinen. Zur Harmonisierung des Zielkonflikts zwischen ROG und EnWG bietet sich verfahrensmäßig noch ein - nachfolgend genauer zu behandelndes - Planfeststellungsverfahren an, das allerdings weder der Bedeutung noch dem Wesen der Gebietsvergabe gerecht zu werden verspricht. Auch unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten ist daher eine unter noch zu spezifizierender Beteiligung der Fachbehörden zu treffende konzessionsvertragliche Entscheidung zu bevorzugen. Zur Sicherung der staatlichen Allgemeinverantwortlichkeit, zur Wahrung der staatlichen Aufgabe und zum Schutz der privaten Bewerber sind allerdings Vertragsanbahnung und -ausgestaltung durch die Kommunen verfahrensmäßig zu regeln.¹⁸⁶⁾ In diesem Kontext ist zunächst die Aufrechterhaltung der Vertragsform als zulässige Handlungsalternative zu untersuchen.

6. Aufrechterhaltung der Vertragsform

Nicht mehr besonders erläutert zu werden braucht, daß die konzessionsmäßige Übertragung des Versorgungsrechts nicht durch Verwaltungsakt erteilt zu werden braucht, sondern auch im Rahmen einer öffentlichrechtlichen Lösung der Regelung im Rahmen eines subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrages zugänglich ist. Dieser sichert am ehesten die für die langfristige Kooperation nötige innere Zustimmung der Beteiligten zu einer sachgerechten Ordnung.¹⁸⁷⁾

185) So von Ladewig, aaO, S. 180 unter Beibehaltung der privatautonomen Struktur befürwortet.

186) In diesem Sinne auch Kirchhof, Verwalten, S. 337.

187) Dazu bereits ausführlich Bartlsperger, DVBl. 1980, S. 249 ff., S. 257 sowie zu den insoweit vergleichbaren Werbenutzungsverträgen ders., Werbenutzungsverträge, S. 27 f. und 120 ff.; vgl. im übrigen die §§ 54 VwVfG bzw. der entsprechenden Ländergesetze.

- a) Der Faktor der vertragsmäßigen Verpflichtung zur Erfüllung der Staatsaufgabe der Energieversorgung ist innerhalb eines öffentlichrechtlichen Vertrages verwaltungs-verfahrenstechnisch als Auflage zu qualifizieren. Über § 62 VwVfG findet § 36 Abs. 2 Zif. 4 VwVfG (bzw. die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften) entsprechende Anwendung auch für öffentlichrechtliche Verträge. Die Verankerung einer den Vertrag ergänzenden Nebenbestimmung ist also möglich. Diese vertragliche Indienstnahme durch das rechtstechnische Mittel der Auflage ist Ausdruck der staatlichen Garantenstellung, der die Kommunen durch Institutionalisierung eines zur Sicherung grundrechtlicher Ansprüche der Bürger erforderlichen Kontroll- und Einfluß-potentialsgerecht werden.¹⁸⁸⁾

Diese rechtliche Steuerungsmöglichkeit stellt Piller unter Hinweis auf die von ihm vorgeschlagene "Mediatisierung" Privater in Frage.¹⁸⁹⁾ Er räumt zunächst in zutreffender Weise die - in der Praxis aus unerfindlichen Gründen bisher seltene - Möglichkeit der Verwaltungsmittlung durch öffentlichrechtlichen Vertrag ein, die sich in idealer Weise für die bereits umschriebene Zweckverwirklichung eignen würde. Er bezweifelt dann allerdings die Leistungsfähigkeit der Auflage zur wirksamen und dauerhaften Verpflichtung Privater, weil es sich lediglich um ein "Leistungsgebot minderer Zwangsintensität" handle.¹⁹⁰⁾ Auch andere halten die Auflage für überfordert, wenn sie komplexe, interdependente Forderungs- und Gestaltungsrechte im Sinne eines kooperativen Schuldverhältnisses erzeugen soll.¹⁹¹⁾

188) In diesem Verständnis Merk, Aufgabenreform, S. 75.

189) Piller, Verwaltungsmittlung, S. 46.

190) Unter Hinweis auf Schetting, Subventionierung, S. 279.

191) So Zacher, VVDStRL 25, S. ³⁰⁸335 Anm. 122 f., S. 342, 350; Schetting, Subventionierung, S. 327; Piller, Verwaltungsmittlung, S. 46.

Einzuräumen ist diesem Kritikansatz, daß die Staatsaufgabe ^{der} Energieversorgung innerhalb eines öffentlich-rechtlichen Vertrages verwaltensverfahrensrechtlich nicht denknotwendig als Auflage ausgestaltet werden muß. Vielmehr erscheint es durchaus möglich, diese Aufgabe für den Vertragspartner als primäre Vertragspflicht zu statuieren, weil die Einhaltung einer vertraglichen Verpflichtung nicht nur durch eine Auflage, sondern nötigenfalls prozessual erzwungen werden kann.

Dennoch ist dieser Kritik schon deshalb nicht beizupflichten, weil es sich bei der Auflage um eine selbstständige Nebenbestimmung ohne Modifikation der Hauptregelung handelt, die als solche vollstreckbar ist,¹⁹²⁾ jedenfalls im Falle ihrer Nichterfüllung die Kündigung des Vertrages ermöglicht, und damit sehr wohl Zwangsintensität im Sinne eines wirksamen Druckmittels enthält.

Zum anderen können die kritischen Anmerkungen gegenüber der Tauglichkeit der Auflage allenfalls für den Zusammenhang mit einem VA, nicht aber für ihre Verbindung mit einem Vertrag gelten. Innerhalb einer solchen Vereinbarung kommt vielmehr die austauschlegitimierende Funktion vertraglichen Verwaltungshandelns¹⁹³⁾ zum Ausdruck, die der umfassenden und einverständlichen Regelung vielschichtiger Sachverhalte gerecht wird. Die Auflage ist hier ein notwendiges Disziplinierungsinstrument für den Fall eines nicht vertragstreuen Partners und dient im übrigen der Aufsicht über die konzessionierte Tätigkeit. Die Versorgungspflicht durch Gebietsübernahme gemäß der Regelung des § 6 Abs. 1 EnWG reicht dazu nicht aus.

192) So statt vieler Kopp, VwVfG, RdNr. 29 f. zu § 36.

193) Bullinger, Notwendigkeit, S. 667 ff., 689.

- b) Der nach dem vorgeschlagenen Modell seitens der Kommunen erteilte Gebietsschutz ist verwaltungsverfahrensmäßig durch das Mittel der vertraglichen Zusicherung zu erreichen.¹⁹⁴⁾ Ohne die im Zuge der Neuordnungskonzepte für die Reform des EnWG vorgeschlagene Beseitigung der Ausschlussklauseln hier umfassend zu kritisieren,¹⁹⁵⁾ kann als gesichert gelten, daß die bereits geschilderten Besonderheiten technischer Natur in der Elektrizitätswirtschaft geschlossene Versorgungsgebiete erfordern. Es muß zwar zugegeben werden, daß durch geschlossene Versorgungsgebiete die Gefahr der Erstarrung zum Nachteil der Abnehmer entsteht. Das geeignete Mittel, um auf die Versorgungswirtschaftlichen Erfordernisse flexibel genug zu reagieren, ist allerdings nicht die Öffnung der Versorgungsgebiete, sondern die inhaltliche Gestaltung der Konzessionsverträge. Hinzu kommt, daß die Akzeptanz eines natürlichen und tatsächlichen Monopols die Konkurrenz um ein solches monopolartig versorgtes Gebiet keinesfalls ausschließt. Monopolmäßige Gebietsversorgung ist deshalb erforderlich, weil die Leitungsgebundenheit der Versorgung, die eine Parallelnutzung ausschließt, echte Konkurrenz nur bei Aufbau eines doppelten oder gar mehrfachen Leitungsnetzes ermöglicht. Die Zulassung derart kapitalintensiver Investitionen widerspräche dem gesamtwirtschaftlichen Interesse. Außerdem fehlt es infolgedessen schon an der Investitionsbereitschaft der Unternehmen. Im Bereich der Versorgungswirtschaft ist wegen der technisch-ökonomischen und institutionellen Besonderheiten ein voll am Wettbewerb orientierter Ordnungs-

194) So schon Bartlsperger, Werbenutzungsverträge, S. 131 ff. ders., DVBl. 1980, S. 249 ff., 257; abweichend ohne stichhaltige Begründung Lukes, Benutzung, S. 65 ff.

195) Zum einen wurde dieser Vorschlag im Zuge der Neuordnung der Konzessionsvergabe nach Diskussion mit den beteiligten Kreisen im April 1973 nicht mehr aufrechterhalten, vgl. Bönner, Fortentwicklung, S. 91; zum anderen müssen selbst die Vertreter dieses Vorschlags einräumen, daß mindestens Tarifabnehmer - technisch bedingt - nur von einem EVU versorgt werden können, Bönner, aaO, S. 109.

rahmen nicht möglich.^{195 a)}

Daher erscheint eine - durch öffentlichrechtlichen Vertrag erteilte - Zusicherung, parallel keine weiteren Versorgungsrechte zu erteilen, durchaus sinnvoll. Die vertragliche Leistung der Behörde (Gemeinde)¹⁹⁶⁾ besteht im Unterlassen der Erteilung konkurrierender Versorgungserlaubnisse.¹⁹⁷⁾ Eine Zusicherung im Sinn von § 38 VwVfG hätte neben den vertraglichen Abreden keine gesonderte Existenzberechtigung.

Nicht haltbar ist die Auffassung, auch ohne Vertrag ergebe sich allein aus § 6 EnWG ein öffentlichrechtlicher Gebietsschutzanspruch,¹⁹⁸⁾ der allein aus der Anschluß- und Versorgungspflicht hergeleitet wird.¹⁹⁹⁾ Der Anspruch sei aus den §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB nach den Grundsätzen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag^{für} dasjenige EVU begründet, dessen Gebiet verletzt ist. Zum einen bleibt dabei unklar, ob es sich um einen öffentlichrechtlichen oder zivilrechtlichen Anspruch handeln soll, zum anderen erscheint es sachnäher, im Zusammenhang mit der Gebietsvergabe auch deren Exklusivität vertraglich zu vereinbaren.

Neben der vertraglichen Zusicherung des Gebietsschutzes bleibt ein neu in § 6 EnWG einzufügender Abs. 2 zu erörtern, der auch für ein durch Verträge rechtlich bereits gesichertes Versorgungsgebiet einem Dritten EVU die gleichartige Versorgung nicht gestattet.²⁰⁰⁾

195a) Vgl. dazu den Bericht der Bundesregierung über die Ausnahmebereiche des GWB, BT-Drs. 7/3206 Nr. 135.

196) Zu vertraglichen Zusicherungen statt vieler mit weiteren Nachweisen Kopp, VwVfG, Rdnr. 2 zu § 38, 1 ff. zu § 54, 1 ff. zu § 56 VwVfG.

197) Zu den möglichen Leistungen der Behörde etwa Kopp, VwVfG Rdnr. 7 zu § 56.

198) Zum Streitstand Ludwig/Cordt/Stech, Energiewirtschaft, C IX/1 zu § 6 EnWG, S. 67.

199) So Darge/Melchinger/Rumpf, EnWG, Zweiter Teil, 3. Band, S. 146.

200) So der Entwurf eines Gesetzes über die Beaufsichtigung der Energiewirtschaft (Energieaufsichtsgesetz) vom Dezember 1950, sogenannter "Blauer Entwurf", S. 16.

Der Schutz konzessionsvertraglich betrauter EVU vor konkurrierenden Dritten durch gesetzlichen Gebietsschutz erscheint indes nicht erforderlich, da angesichts der konzessionsvertraglichen Vorrangregelung Dritte von der Gebietsversorgung ausgeschlossen sind und insoweit unmittelbar ein Unterlassungsanspruch der Gemeinden gegen diese besteht.

- c) Die Ablösung der §§ 103 ff. GWB infolge Sinnentleerung ist nicht erst bei Einführung eines unmittelbaren gesetzlichen Gebietsschutzes geboten. Die gestärkte Position der Kommunen aus den Konzessionsverträgen erlaubt bereits aus sich heraus die Beseitigung dieser systemfremden und praktisch nicht mehr erforderlichen Ausnahmeregelungen im Kartellrecht.

Der Rechtsnatur nach kann die hier gegenständliche Verleihung eines Versorgungsgebietes in der Form eines rahmenvertraglichen Werkes²⁰¹⁾ erfolgen, das als wesentliches Element die Verpflichtung zur Gebietsversorgung enthält. Die Pflicht zur Gebietsversorgung ist allein über die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen nicht zu erreichen, da ein Zwang zur Inanspruchnahme der begünstigenden Verwaltungsakte nicht besteht. Die isolierte Verleihung eines Versorgungsgebietes wird aber den Bedürfnissen der Praxis nach umfassender, ein langfristiges Verhältnis abdeckender, einvernehmlicher Regelung der komplexen Rechtsmaterie nicht gerecht.

201) Zum Rahmenvertrag im rechtsähnlichen Bereich der Vergabe gemeindlicher Werbenetze schon Bartlsperger, Werbenutzungsverträge, S. 120 ff.; vgl. auch Imboden, Vertrag, S. 169 m.w.N. und Schack, VerwArch 54 (1963), S. 43 ff. 59 f.

Mit der festgestellten Möglichkeit der Aufrechterhaltung der Vertragsform sind die Beteiligungsrechte der Aufsichtsbehörden und die prozessualen Probleme noch keineswegs gelöst. Vielmehr sind Umfang, Rechtsform und eine prozeßökonomische Lösung zu ermitteln.

7. Ersetzung des vorgeschlagenen Genehmigungsvorbehalts für Demarkationsverträge durch Einvernehmen der Energieaufsicht für Konzessionsvereinbarungen

- a) Im Zuge der Vorschläge zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts dachte man im Zusammenhang mit der zu begrüßenden Aufhebung des generellen Rechtsschutzes für Demarkationsverträge auch an die Einführung einer speziellen aufsichtlichen Erlaubniserteilung auf der Grundlage einer einzelfallmäßigen Vertragsprüfung.²⁰²⁾ Die Einführung eines solchen kartellbehördlichen Genehmigungsvorbehalts erscheint - ebenso wie das mildere Mittel eines befristeten Widerspruchsrechts - nach dem neuen Modell der konzessionsvertraglichen Vorrangstellung allerdings nicht mehr erwägenswert. Völlig zurecht hat das Bundeskartellamt bereits vor 20 Jahren festgestellt, daß die Gemeinden erst bei Aufhebung des Demarkationsrechtsschutzes selbst bestimmen können, mit welchem EVU sie einen Konzessionsvertrag abschließen.²⁰³⁾ Gerade diese begrüßenswerte Rechtsposition würde den Kommunen aber durch die Normierung eines Genehmigungsvorbehalts wieder entzogen werden. Die beim optimalen Entscheidungs-

202) Vorschlag der Bundesregierung nach Schneider, Stufenplan, in: Röper, Wettbewerbsprobleme, S. 83 ohne weitere Angaben; zur Einführung einer kartellbehördlichen Genehmigung vgl. BR-Ds 58/71 und 265/71.

203) Bundeskartellamt, Schreiben an den Bundesminister für Wirtschaft vom 3.4.1963, Gesch. - Nr. B 1 - 129700 - 260/62, S. 11 ff., 16 f.; vgl. auch Bönner, Fortentwicklung, S. 71.

träger Gemeinde angesiedelte Gebietsvergabeentscheidung darf nicht von einer kartellaufsichtlich gedeckten privaten Gebietsabsprache mittelbar abhängig sein. Soll - wie hier vertreten - die Verleihungsentscheidung maßgeblicher Anknüpfungspunkt sein, dann bedürfen die ihr folgenden privaten Demarkationen einer behördlichen Genehmigung nicht mehr. Deren gesetzliche Einführung ist ebenso wie die eines befristeten Widerspruchsrechts überflüssig.

- b) Die kartellrechtliche Anknüpfung besteht bisher hauptsächlich in der Aufsicht gegen den Mißbrauch der durch Freistellung von den Vorschriften des GWB erlangten Stellung im Markt (vgl. § 103 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 GWB), insbesondere im Hinblick auf eine überhöhte Preisgestaltung. Sie stellt ein Äquivalent für die monopolartige Marktstellung und die Freistellung vom Kartellverbot² dar und hat dabei Sinn und Zweck der Freistellung zu berücksichtigen.

Der Hindergrund dieser mißbrauchsorientierten Anknüpfung der Aufsicht besteht dann nicht mehr, wenn die - konzessionsäre - Vergabeentscheidung entscheidendes Anknüpfungskriterium wird. Für die Aufrechterhaltung der kartellaufsichtlichen Befugnisse besteht damit keine Veranlassung mehr. Als Äquivalent für die Verdrängung der kartellaufsichtlichen Kompetenz wird hier die Einführung einer Mitwirkung der Energieaufsicht beim Inkraftsetzen der konzessionsvertraglichen Vereinbarung vorgeschlagen. Angesichts des Wegfalls kartellrechtlicher Anknüpfungen besteht kein Grund mehr, an den Aufsichtsbefugnissen der Kartellbehörden festzuhalten. Weil die Zielsetzung einer möglichst sicheren und preiswürdigen Versorgung fortbesteht, bliebe zu erörtern, ob wenigstens die Mißbrauchsaufsicht aufrechterhalten werden sollte. Den überörtlichen Auswirkungen der Gebietsvergabe muß aber durch eine Beteiligung der Energieaufsicht Rechnung getragen werden.

Rechtstechnisch ist danach zu differenzieren, ob die Beteiligung als Wirksamkeitserfordernis in Form eines Einvernehmens²⁰⁴⁾ durch Genehmigung bzw. Zustimmung geschehen soll, ob die Mitwirkung unter dem Verdikt eines befristeten nachträglichen Beanstandungs- oder Widerspruchsrechts²⁰⁵⁾ oder lediglich unverbindlich in Gestalt von Anhörungspflichten erfolgen soll. Die Bedeutung der Pflicht zur Anhörung bzw. zur Einholung von gutachtlichen Stellungnahmen ist allerdings gering, da die Verletzung einer derartigen Verpflichtung die Wirksamkeit des geschlossenen Vertrags nicht berührt.²⁰⁶⁾ Eine derart schwache Beteiligungsform für die Energieaufsicht wird weder den energiewirtschaftlichen Auswirkungen der Konzessionsverträge noch den Kontrollaufgaben der Energieaufsicht im überörtlichen Bereich gerecht.

- c) Bei der verbleibenden Entscheidung zwischen schwebender Unwirksamkeit des Vertrages (bis zur Genehmigungsentscheidung) und Wirksamkeit unter dem Vorbehalt einer innerhalb einer Frist erfolgenden Beanstandung sind auch verfahrens- und prozeßrechtliche sowie praktische Auswirkungen zu beachten. Die verfahrensrechtlich-praktischen Erwägungen müssen sich von der Idee leiten lassen, daß eine Regelung mit möglichst geringen Reibungsverlusten und größtmöglicher Befriedungsfunktion unter Vermeidung einer Prozeßlawine gefunden werden muß, die auch vollstreckungsrechtlichen Anforderungen genügt.

204) Zur Definition etwa Kopp, VwVfG, Rdnr. 15 zu § 58.

205) So etwa der Vorschlag des Arbeitskreises "Reform des EnWG", bisherige Ergebnisse, S. 3 ff.

206) Kopp, VwVfG, Rdnr. 15 zu § 58.

Ausgehend von der Funktion des für die Gebietsvergabe zuständigen kommunalen Kompetenzträgers stellt sich das Erfordernis des - möglicherweise auf dem Klagewege zu erzwingenden²⁰⁷⁾ - Einvernehmens als eine wesentlich gravierendere Handlungsbeschränkung dar, als ein die Wirksamkeit der vertraglichen Vereinbarung zunächst nicht berührendes Beanstandsrecht Dritter. Von faktischen Problemen bei der Erzielung von einvernehmlichen Lösungen abgesehen, lassen sich auch die Kriterien für eine energieaufsichtliche Beanstandung der Konzessionsverträge mit dem Ziel einer transparenteren Verwaltungsentscheidung wesentlich präziser fassen, als für die Versagung einer erforderlichen Zustimmung.²⁰⁸⁾ Auch bei mißbräuchlicher Verweigerung einer vorgeschriebenen aufsichtlichen Zustimmung kann das Zustimmungserfordernis als solches nicht mißachtet werden, vielmehr ist der umständliche Klageweg zu beschreiten. Da die mißbräuchliche Verweigerung einer erforderlichen Zustimmung sich als Entscheidung eines anderen Rechtsträgers darstellt, durch die das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde verletzt sein kann, müßte diesen Weg über die Verpflichtungsklage - gerichtet auf Verurteilung zur aufsichtlichen Zustimmung - gehen. Nicht zu verkennen ist noch die psychologische Hemmschwelle vor einer Beanstandung, wohingegen die Behörde ein Einvernehmen leicht geneigt ist, zu versagen.

207) Kopp, VwVfG, Rdnr. 16 zu § 58.

208) Als Kriterien könnten normiert werden: Bonität des Bewerbers, Tarifpreise, Normverträge, Leistungsfähigkeit oder Bewertung des Anlagevermögens.

Da der Schwerpunkt der konzessionsvertraglichen Entscheidung materiell im kommunalen Bereich liegt, muß eine Beanstandung aus außerkommunalen Gründen auf evidente, substantiierte Fälle energiewirtschaftlicher Fehlentwicklung mit volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen beschränkt werden. Erinnert sei insbesondere daran, daß durch eine energieaufsichtliche Mitwirkung nicht die zum Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie zählende konzessionsvertragliche Kompetenz relativiert werden darf.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß der Gesetzgeber im Zuge der Verwaltungsvereinfachung auf dem Gebiet des Kommunalrechts eher an die Abschaffung als an die Neueinführung von Genehmigungsvorbehalten denkt.²⁰⁹⁾ Trotz der Langfristigkeit der Konzessionsverträge bietet sich eine dem kommunalen Ortsrecht analoge Behandlung dieser Vereinbarungen an. Entscheidend ist nämlich, daß eine Vorlage- bzw. Anzeigepflicht dem Zweck energieaufsichtlicher Kenntnisnahme und der Möglichkeit wirksamer Beanstandung in verfahrensmäßig effektiverer Weise gerecht wird. Nicht rechtfertigen läßt sich hingegen die Forderung nach einem über die Beanstandung hinausgehenden Recht der Energieaufsicht zur Ersatzvornahme der gemeindlichen Vergabeentscheidung,²¹⁰⁾ da insoweit keine Vergleichbarkeit mehr mit dem gestuften Aufsichtssystem nach den Gemeindeordnungen besteht und die im wesentlichen kommunalrechtliche Entscheidung zu einer der Energieaufsicht gemacht würde. Ergänzend ist im Zuge der vorliegenden Reformkonzeption darauf hinzuwirken, daß die Genehmigung nach § 5 EnWG auf die Neuvergabe des Versorgungsgebietes keine Anwendung mehr finden darf.

209) Vgl. z.B. BayGes z. Vereinfachung kommunalrechtlicher Vorschriften vom 20.7.1982, GVBl. S. 471 ff.; so ist ab 1.1.1983 die Genehmigungspflicht für kommunale Satzungen (Art. 25 GO) und Verordnungen (Art. 47 LStVG) beseitigt bzw. wesentlich eingeschränkt worden.

210) So aber Bönner, Fortentwicklung, S. 87.

Die Norm des § 5 EnWG hat die Zweckbestimmung, den Markteintritt von EVU im öffentlichen Interesse zu überwachen und soll eine hinreichende Stabilität der Versorgung gewährleisten. § 5 Abs. 1 EnWG soll nach bestehender Rechtslage die Schwächung bestehender EVU durch Zersplitterung der Versorgungsgebiete oder durch sachlich nicht zwingend gebotene Herauslösung der Verbrauchsschwerpunkte verhindern helfen. Darüber hinaus sollen Unternehmen vom Markt ferngehalten werden, deren Zuverlässigkeit und technische wie wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht einwandfrei nachgewiesen sind.^{210 a)}

Während die energiewirtschaftsrechtlichen Maßstäbe noch einzusehen sind, begegnet der Normzweck der Struktur- aufsicht unter kommunalrechtlicher Sicht erheblichen Bedenken. Die gesunde Durchmischung der Versorgungsgebiete, die Erhaltung funktionstüchtiger Gebietsgrößen und die Zusammenfassung von verbrauchsschwachen und verbrauchsstarken Schwerpunkten ist in kommunaler Regie sachnäher aufgehoben als bei der Energieaufsicht. Außerdem wird bei der Neuvergabe des Versorgungsgebietes keine energiewirtschaftsrechtlich relevante Veränderung des Gebietes vorgenommen, sondern nur über die Versorgungszuständigkeit neu entschieden.

Auch im prozessualen Bereich hat die vorgeschlagene Lösung erhebliche Vorteile. Bisher konnte eine Gemeinde ihren Anspruch auf Herausgabe der Anlagen bzw. auf Übertragung des Netzes gerichtlich nur über ein Urteil erreichen, das die Übertragung unter dem Vorbehalt aufsichtlicher Genehmigung nach § 4 EnWG aussprach.^{210 b)} Nach der Neukonzeption wäre eine Ver-

210a) Dazu Eiser-Riederer-Obermolte-Danner I, EnWG, § 5, 2.

210b) So etwa OLG Braunschweig, Urt. v. 18. Januar 1971, - 5 U 89/68 - abgedruckt bei Braun, Gebietsreform, S. 94 ff., S. 94.

urteilung eines EVU, das die Übergabe von Netz bzw. Anlagen verweigert, auch ohne Vorbehalt der Genehmigung möglich. Jedenfalls könnte die Vollstreckung aus einem solchen Urteil nicht mehr durch eine Entscheidung der Energieaufsichtsbehörde nach § 4 EnWG vereitelt werden. Allenfalls eine - wieder gesondert anfechtbare - Beanstandung innerhalb der dafür vorgesehenen Frist könnte die Vollstreckung hemmen. Das Vorliegen einer solchen Beanstandung ist vom Vollstreckungsorgan leicht zu überprüfen.

Als geeignete Klageart kommt allein die Leistungsklage in Betracht. Ein damit geltend gemachter Anspruch auf Unterlassung weiterer Stromlieferung widerspräche auch nicht der in § 6 EnWG im öffentlichen Interesse statuierten Anschluß- und Versorgungspflicht. Diese Verpflichtung besteht nämlich nur für ein rechtlich wirksam zur Versorgung berechtigtes EVU.²¹¹⁾ Subsidiär kommt allerdings eine Feststellungsklage über das zwischen den Parteien streitige Recht zur Stromversorgung in Betracht.

Mit der rechtspolitischen Entscheidung zugunsten eines befristeten Beanstandungsrechts der Energieaufsicht gegenüber Konzessionsverträgen ist noch nichts über die weiteren Möglichkeiten der (mittelbaren) staatlichen Gebietssteuerung ausgesagt.

211) A.A. wohl der BGH, Urt. v. 27.10.1969 - KZR 2/69 - abgedruckt bei Braun, Gebietsreform, S. 86 ff., S. 86.

8. Investitions- und Fusionskontrolle, Preisaufsicht, Abmeierung und Planfeststellungsverfahren

- a) Die Investitions- oder Angebotskontrolle²¹²⁾ nach dem bisherigen § 4 EnWG hatte Aufgaben zu erfüllen, die nach dem vorgeschlagenen System jedenfalls hinsichtlich der örtlichen Auswirkungen vom konzessionsvertraglichen Regelungsgehalt bereits erfaßt sind. So haben die Kommunen die Vermeidung unrationeller Doppelinvestitionen, die Durchführung der Leitungsverlegung sowie die strukturelle Bereinigung und Vergrößerung zersplitterter Versorgungsgebiete jedenfalls innerhalb ihres Gebietes zu überwachen. Der ordnungspolitische Gehalt der präventiven, aufsichtlichen Investitionskontrolle kann sich demnach auf eine repressive, nur überörtliche Auswirkungen berücksichtigende Beanstandungsaufsicht im Interesse des Gemeinwohls beschränken. Der Forderung nach Einführung eines Anzeige- und Beanstandungsverfahrens im Vorfeld von Investitionen²¹³⁾ kann nicht kritiklos gefolgt werden, da die Ausübung der Angebotskontrolle nach § 4 EnWG für die Schaffung geschlossener und genügend großer Versorgungsgebiete bereits infolge der bestehenden Gebietsabsprachen, erst recht aber nach einem neuen System des konzessionsver-

212) /Zu deren ordnungspolitischem Gehalt grundlegend Immenga, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 238 ff.

213) So Bönner, Fortentwicklung, S. 86 ff., 92.

traglichen Vorrangs keinerlei Bedeutung mehr hat.²¹⁴⁾ Die über den Gebietsregulierungscharakter hinausgehenden Wirkungsmöglichkeiten der Investitionsaufsicht-wie innerbetriebliche Anlagen- und Rentabilitätskontrolle-haben keinerlei gebietsstrukturelle Auswirkungen. Ein Festhalten am energieverorgungswirtschaftlichen Untersagungsrecht bei Investitionsvorhaben²¹⁵⁾ ist daher jedenfalls erneut zu überdenken.

- b) Ähnlich verhält es sich mit der energiewirtschaftsrechtlichen Fusionskontrolle, die den Zweck hat, Bildung und Ausbau überstarker Machtpositionen zu verhindern. Angesichts der Priorität der konzessionsvertraglichen Gebietsgestaltung fällt die Aufgabe der Kontrolle der fusionsbedingten Änderung der Versorgungsgebiete ebenfalls den Kommunen zu. Anzumerken ist, daß die großen Fusionen von EVU ohne unmittelbare Auswirkung auf die Struktur regionaler Versorgungsgebiete bereits unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten durch das GWB kontrolliert werden. Für die kleineren Änderungen der Versorgungsgebiete eine besondere energierechtliche Fusionskontrolle einzuführen, wird in Fachkreisen für bedenklich gehalten.²¹⁶⁾
- c) Notwendigerweise Aufgabe der Energieaufsicht bleibt die Preisaufsicht. Diese für lediglich nicht im Wettbewerb gebildete Preise erforderliche Überwachung soll unter Beachtung der Versorgungssicherheit eine möglichst preiswerte Versorgung garantieren.²¹⁷⁾ Der Referentenentwurf

214) Für die bestehende Position Immenga, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 243.

215) So noch Obernolte, DB 1975, 2169.

216) Beamten-Arbeitskreis "Neuordnung", Anmerkungen, ET 1972, S. 277 ff., S. 279; Tegethoff, Grundsatzprobleme, S. 61, kritisch insbesondere wegen fehlender Rechtfertigung für die Absicht, das EnWG zu einem Strukturgesetz auszuweiten

217) Zu den Reformvorschlägen im einzelnen bereits Beamten-Arbeitskreis "Neuordnung", Anmerkungen, ET 1972, S. 277 ff., 280.

für ein neues Energieversorgungsgesetz brachte hier Vorschläge für einen Abbau der direkten Preisaufsicht durch Aufhebung des Preisstopps aus dem Jahre 1936 und der darauf fußenden Energiepreisaufsicht über Sonderkunden aus dem Jahr 1953 sowie durch Institutionalisierung von Energiepreisausschüssen als Forum der marktrelevanten Kräfte sowie ein Festhalten an der Preisaufsicht für Tarifikunden und die Energieeinkaufspreise der Verteilerunternehmen.²¹⁸⁾

Dieser Teil der Preisaufsicht hat allerdings keinen unmittelbaren Einfluß auf die Versorgungsgebietsgestaltung. Anders verhält es sich mit dem ebenfalls als Preisaufsicht bezeichneten Teil der Vertragsaufsicht, der die Aufgabe hat, die als Gegenleistung für den Gebietsschutz und das Versorgungsrecht an die Kommunen zu entrichtenden Konzessionsabgaben bezüglich ihrer strukturpolitischen Bedeutung hin zu überprüfen. Im Hinblick auf die bereits geschilderte Garantiefunktion der Kommunen bezüglich der Energieverteilung und die kompetenzmäßige Wahlmöglichkeit der Kommunen zum Übergang auf Eigenversorgung können die Konzessionsabgaben auch de lege ferenda jedenfalls nicht völlig als eines der sachgerechtesten Gebietsvergabekriterien ausscheiden. Nicht von der Hand zu weisen ist allerdings die Forderung, die Konzessionsabgaben auf ihre fiskalpolitische Bedeutung zurückzuführen.²¹⁹⁾ Nicht das EVU, das die höchsten Konzessionsabgaben anbietet, sondern das die "beste Versorgung" gewährleistet, soll das örtliche Versorgungsrecht erhalten. Bedauerlicherweise fehlen bis heute praktikable Kriterien dafür, was unter "bester Versorgung" zu verstehen ist, da die im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens genannten Aspekte

218) Dazu im einzelnen Obernolte, DB 1975, S. 2169.

219) So Bönner, Fortentwicklung, S. 86; zur Neuordnung der Preisaufsicht siehe auch Tegethoff, Grundsatzprobleme, in: Mayer-Maly, Energiewirtschaft, S. 66 f.

der Tarifpreise, Normverträge und Leistungsfähigkeit für eine klare Entscheidung im Einzelfall kaum ausreichen dürften.²²⁰⁾

- d) Für eine optimale Gebietsversorgung hat auch ein Beanstandungs- und Untersagungsverfahren bei unzureichenden Versorgungsleistungen keine Relevanz. Diese sogenannte "Abmeierung" als letztes Mittel des Verwaltungszwanges für grobe Pflichtverletzungen aus dem Vergabevertrag²²¹⁾ bis hin zur Betriebsuntersagung hat angesichts der kommunalen Möglichkeiten der Sanktionen aus dem Konzessionsvertrag keine Bedeutung mehr. Allenfalls aus überregionalen Auswirkungen unterdurchschnittlicher Versorgungsleistungen in Qualität und/oder Preis kann der Energieaufsicht ein Recht zur Abhilfebefugnis zugestanden werden.²²²⁾
- e) Schließlich ist an dieser Stelle die Einführung eines Planfeststellungsverfahrens in das EnWG oder in ein neues EnVG zu erörtern. Das Energieversorgungsrecht stellt den letzten raumbedeutsamen Rechtsbereich ^{/gemeinnütziger Vorhaben} mit Berührung mannigfacher divergierender Interessen ohne institutionalisiertes Planfeststellungsverfahren dar. Die unverständliche Zurückhaltung des Gesetzgebers und der Einfluß der Interessenverbände werden angesichts der bereits Ende der fünfziger Jahre von Schelberger geforderten Übernahme der Planfeststellung in das Energiewirtschaftsrecht deutlich.²²³⁾

Der Referentenentwurf eines EnVG sah in seinem § 12 ebenfalls die Einführung eines besonderen energierechtlichen Planfeststellungsverfahrens vor,²²⁴⁾ dessen Einleitung im Er-

220) In diesem Sinne auch Tegethoff, aaO, S. 63.

221) Diesbezüglich a.A. Bönner, Fortentwicklung, S. 88, der die Abmeierung sogar für Fälle fehlender Investitionsneigung erweitert wissen will.

222) Zur Abmeierung im Zuge der Neuordnungsvorschläge Beamtenarbeitskreis, "Anmerkungen", ET 1972, S. 281.

223) Schelberger, Anzeigeverfahren, Eltw 56, (1957), 29 ff., 32.

messen der Energieaufsichtsbehörde stehen sollte, wenn den verschiedenen Belangen der Energiepolitik, der technischen Sicherheit, der Raumplanung und des Privatrechts am zweckmäßigsten in einem solchen Verfahren Rechnung getragen wird.²²⁵⁾ Nähere Einzelheiten zur Ausgestaltung des Verfahrens wurden in der Literatur vermißt,²²⁶⁾ könnten heute aber dem VwVfG entnommen werden.

Unabhängig von den Überlegungen zur Zweckmäßigkeit eines solchen Verfahrens im Energiewirtschaftsrecht, zum Beschleunigungseffekt im Verfahrensablauf durch die Konzentrationswirkung²²⁷⁾ und die faktischen Durchführungsprobleme sind an dieser Stelle die Berührungspunkte mit der Versorgungsgebietsvergabe zu bestimmen. Das Planfeststellungsverfahren entscheidet einheitlich und abschließend über die Zulässigkeit eines anlagenbezogenen Projekts, also etwa über Bau und Änderung von Großkraftwerken.

Während für derartige Anlagen das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren eingreift, werden angesichts der seit einigen Jahren durch erhebliche Verteuerung und Verlängerung gekennzeichneten Genehmigungsverfahren - etwa für Kernkraftwerke - Überlegungen für eine Reform des Anlagengenehmigungsverfahrens angestellt, die sogar bis zu einem gesonderten Standortplanfeststellungsverfahren führen, das losgelöst von den übrigen Genehmigungsvoraussetzungen durchzuführen wäre.

224) Obernolte, DB 1975, 2169; vgl. auch ET 1973, S. 310 f.; Hammer, DÖV 1973, S. 594 ff.

225) Beamtenarbeitskreis aaO, S. 281.

226) Tegethoff, Grundsatzprobleme, in: Mayer-Maly, Energiewirtschaft, S. 67.

227) Dazu m.w.N. ausführlich Blümel, Planfeststellungsverfahren, S. 53 ff.

Nicht Gegenstand der Planfeststellung ist von der Zwecksetzung her die hier gegenständliche Versorgungsgebietsgestaltung durch Konzessionsverträge. Die Entbehrlichkeit anderer behördlicher Verleihungen im Hinblick auf die Zulässigkeit des Vorhabens durch die Konzentrationswirkung bedeutet also nicht, daß der konzessionsvertragliche Regelungsgehalt durch die Planfeststellung ersetzt wird.

Dessen ungeachtet bleibt an der Forderung nach Einführung des Planfeststellungsverfahrens auch beim Bau von Energieversorgungsanlagen festzuhalten mit der Maßgabe, daß die Notwendigkeit der Planfeststellung vom Gesetzgeber selbst statuiert werden muß. Die Durchführung des Verfahrens kann nicht vom Antrag eines EVU oder vom Ermessen der Aufsichtsbehörde abhängen, weil im Interesse der Betroffenen das EVU nicht die Möglichkeit haben darf, sich das jeweils ^{günstigsten} ₂₂₈₎ Verfahren und die zuständige Behörde auszusuchen.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß eine Verstärkung oder ein Ausbau der energieaufsichtlichen Kompetenzen aus keinem angesprochenen Gesichtspunkt erforderlich erscheint, insbesondere die vergabevertragliche Entscheidung davon weitgehend unberührt bleiben kann. Demgegenüber sind zur Durchsetzung der Gebietsvergabe notwendige Regelungen für die Rechtsnachfolge zu erörtern.

9. Übernahmeregelungen für Gebietsnachfolger

- a) Auch der Komplex der Versorgungsübernahme bzw. des Wechsels in der Versorgungszuständigkeit nach Kündigung oder Ablauf des Konzessionsvertrages führte aufgrund der dem bisherigen Regelungssystem immanenten konzeptionellen Schwäche

228) In diesem Sinne Blümel, aaO, S. 72.

zu mannigfachen Problemen. Dies liegt zum einen daran, daß die Endschaftsbestimmungen²²⁹⁾ allein vertraglicher Vereinbarung unterliegen und teilweise völlig fehlen, was die Abwicklung unnötig kompliziert. Zum anderen bringen die Zweispurigkeit des Rechtswegs und das Nebeneinander von Privatautonomie und öffentlichrechtlicher Energieaufsicht angesichts der häufig divergierenden Entscheidungen nicht nur prozessuale Vollstreckungsprobleme, sondern erhebliche volkswirtschaftliche Ineffektivität mit sich. Wenig geklärt ist insbesondere, unter welchen Voraussetzungen ein kommunaler Anspruch auf Einstellung der Versorgung gegen den bisherigen Gebietsversorger besteht und wann Übergabe bzw. Beseitigung der Energieversorgungsanlagen verlangt werden können. Prozessual ist bis jetzt angesichts der energieaufsichtlichen Befugnisse und Regelungen der §§ 4 bis 6, 8, 9, 11 EnWG allenfalls eine Feststellungsklage, keine Leistungsklage auf Einstellung und Übernahme möglich.²³⁰⁾

Die dogmatische Schwäche^{der} derzeitigen Regelung liegt darin, daß der kommunale Ordnungsanspruch von einer einvernehmlichen privatrechtlichen Klärung der Verhältnisse mit dem EVU abhängig gemacht wird. Nach dem hier vorgeschlagenen Konzept der Priorität der gemeindlichen Entscheidungskompetenz über die Gebietsversorgung kann nur noch eine rahmenmäßig gesetzlich normierte kommunale Entscheidungskonzentration in Frage kommen.

229) Diese Abreden enthalten regelmäßig Übernahmerechte und -pflichten der Gemeinden bezüglich der in ihrem Gebiet gelegenen Versorgungsanlagen sowie Ankunfts- und Prüfungsrechte samt Bestimmungen über den Übernahmepreis, vgl. dazu Braun, Gebietsreform, S. 36 ff., 37; Straßburg, ET 1977, S. 508; Ludwig-Cordt-Stech, Elektrizitätswirtschaft I, Systematische Darstellung, S. 14 c.

230) Bührenbender, Energierecht, RdNr. 530; Braun, Gebietsreform, S. 61; BGH, Urt. v. 25. Oktober 1969 - DZR 2/69 - abgedruckt bei Braun, aaO, S. 86 ff. - 86.

- b) Damit könnte auch der derzeit noch problematische Fall geklärt werden, daß vertragliche Übernahmeregeln nicht bestehen. Die für diese Situation geäußerten unhaltbaren Bedenken, es handle sich bei dem gemeindlichen Übernahme - verlangen um eine Enteignung ohne Rechtsgrundlage²³¹⁾ könnten ebenso beseitigt werden wie die bisherige Hilfskonstruktion eines gewohnheitsmäßig anerkannten kommunalen Übernahmerechts.²³²⁾

Bei Vorliegen der rahmenmäßig gesetzlich zu normierenden Endschafts- und Übernahmebestimmungen muß die Gemeinde auf ihr Verlangen hin so gestellt werden, wie sie rechtlich vor Abschluß des ausgelaufenen Konzessionsvertrages gestanden war. In diesem Stadium konnte sie im Rahmen ihrer versorgungswirtschaftlichen Kompetenz frei darüber entscheiden, wer die Versorgung innerhalb des Konzessionsgebietes durchführen sollte. Nach Ablauf der Bindung durch den beendeten Konzessionsvertrag muß also der Kommune das Recht zustehen, erneut ungehindert über die Vergabe des Versorgungsgebietes zu entscheiden. Der bisherige Vertragspartner muß die Gemeinde durch Abgabe des Netzes in die Position bringen, ihr Vergaberecht ausüben zu können.

Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sollte der gesamte Übernahmebereich bereits deshalb gesetzlich normiert werden, um auch ^{den} mangels ausdrücklicher konzessionsvertraglicher Regelungen zu besorgenden Streitfällen präventiv zu begegnen.²³³⁾

231) So Straßburg, ET 1977, S. 508; er schränkt allerdings ein, daß das EVU sich unlauter verhalte, wenn es die Versorgungsposition nicht räume; er meint im übrigen, daß sich ein Überlassungsanspruch nur aus öffentlichem Recht ergeben könne.

232) So Stech, Vertragsloser Zustand, S. 60; Quack, AÖR 1966, S. 533 ff.; 569 ff.; a.A. Fischerhof, ET 1967, S. 67 ff.

233) Zu diesem Problemkreis Ludwig-Cordt-Stech, Elektrizitätswirtschaft I, Systematische Darstellung, S. 14 d.

c) Inhaltlich sollten diese Endschaftsregelungen die Prinzipien der bisher häufig strittigen Kostentragung für Entflechtungsmaßnahmen sowie Fristenregelungen für die Anmeldung des Übernahmeverlangens und Auskunftsrechte bereits vor Ablauf des Vertrages enthalten. Von grundlegender Bedeutung erscheint es, im Interesse der Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit auch besondere materielle Kündigungs- und Übernahmeveraussetzungen zu normieren. In diesem Sinne sollte die feststehende Entscheidung über die Rechtsnachfolge oder zugunsten des Übergangs zur Eigenversorgung zur materiellen Kündigungs- oder Übernahmeveraussetzung gemacht werden. Damit ließe sich der unbefriedigende Zustand der Interimsversorgung verhüten.

d) Ein weiteres Problem ist die Rechtsstellung von bisherigem und zukünftigem Gebietsversorger im Falle der Fremdversorgung im Hinblick auf die Übernahme bestehender Versorgungsanlagen. Im Grundsatz muß dem neuen Partner einer konzessionsvertraglichen Vereinbarung unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des bisherigen EVU die Übernahme der bestehenden Anlagen zum Zeitwert bzw. mindestens der Abschluß eines Pachtvertrages zur öffentlichrechtlichen Pflicht gemacht werden. Das Vorhandensein von umfangreichen Eigenanlagen des Nachfolgers könnte dem entgegenstehen, ist aber angesichts der Investitionskontrolle aus § 4 EnWG unwahrscheinlich. In dieser eher theoretischen Situation kann dem Nachfolger billigerweise eine für ihn mindestens teilweise sinnlose Übernahme des Vorgänger-Anlagenbestandes nicht zugemutet werden. Fraglich erscheint dann allerdings, ob dem bisherigen Gebietsversorger für den Nutzungsentzug der möglicherweise mit erheblichen, langfristig ausgerichteten Investitionsaufwendungen angelegten Versorgungsanlagen nicht eine Enteignungsentschädigung gewährt werden muß. Dem ist entgegenzuhalten, daß das Amortisationsrisiko angesichts der Befristung der Verträge überschaubar ist und jedenfalls dem Anlageninhaber zugerechnet werden muß. Bei vorzeitiger Kündigung ist an die Einführung einer gestuften Ablösung zu denken.

Hat der Nachfolger - wie meist-keine eigenen Anlagen im fraglichen Gebiet, so kann das bisher versorgende EVU die Herausgabe zum Sachzeitwert oder die Nutzungserlaubnis im Rahmen eines Pachtvertrages nicht verweigern.²³⁴⁾ Diese Konsequenzen der versorgungswirtschaftlichen Neuvergabeentscheidung sollten gesetzlich normiert werden, zumal sie dem Zweck der sicheren und billigen Energieversorgung und der Vermeidung der unrationellen Doppelinvestitionen dienen.

e) Mitwirkung der Aufsicht

Eines der Hauptprobleme im Zusammenhang mit dem Wechsel der Versorgungszuständigkeit ist nach dem heutigen System sowohl materiell wie prozessual die Mitwirkung der Energieaufsicht. Jede diesbezügliche kommunale EntschlieÙung steht unter dem Verdikt einer widersprechenden Aufsichtsentscheidung nach den §§ 4, 5, 8, 9 und 11 EnWG.

In Betracht kommt hier zunächst die Investitionskontrollbefugnis nach § 4 Abs. 2 EnWG, die ein auf Anlagen gerichtetes Herausgabeverlangen der Gemeinde verhindern kann.²³⁵⁾ Die Anwendungsfälle dieser Vorschrift sind bereits de lege lata eingeschränkt, da etwa bei der Übernahme von Anlagen eines EVU durch ein anderes ^{die für} diese Anlagen erteilte Genehmigung mit übergehen kann.²³⁶⁾ Nach einer noch weitergehenden Ansicht kann die vorliegende Konstellation schon deshalb kein Anwendungsfall des § 4 EnWG sein, weil die Über-

234) So auch Ludwig-Cordt-Stech, S. 14 c.

235) Zustimmend Braun, Gebietsreform, S. 43.

236) So Eiser-Riederer-Oberholte-Danner I, S. 227.

tragung einer ordnungsgemäß erstellten Anlage auf einen Dritten keinen Sachverhalt darstellt, der im Rahmen der Investitionskontrolle erneut einer Überprüfung zugeführt werden dürfte.²³⁷⁾ Hingewiesen sei darauf, daß angesichts der bisher äußerst selten ausgeübten Befugnis aus § 4 EnWG die Berechtigung dieser Vorschrift mindestens überdacht werden sollte.

Der /Einwirkungsbefugnis der Energieaufsicht sind rechtsgrundsätzliche Überlegungen entgegenzuhalten. Die gegenwärtige Rechtslage läuft darauf hinaus, daß sich die Entscheidung der Energieaufsichtsbehörde über die Kompetenzentscheidung der Gemeinde hinwegsetzen kann und in letzter Konsequenz allein über die Eigen- und Fremdversorgung der Gemeinde befindet.²³⁸⁾ Diese Befugnisse stellen eine unzulässige gesetzliche Einschränkung der gemeindlichen Energieversorgungscompetenz aus Art. 28 Abs. 2 GG dar. Die Entscheidung darüber, wer künftig das Gemeindegebiet versorgen soll, kann nicht der Energieaufsichtsbehörde zustehen, ohne die kommunale Versorgungszuständigkeit auszuhöhlen. Die energiewirtschaftlichen Aufsichtskompetenzen der §§ 4, 5, 8, 9 und 11 EnWG sind nicht als Instrumente zur Lösung der absoluten Konkurrenzverhältnisse zwischen EVU und Kommunen bestimmt.

237) So Tegethoff-Büdenbender-Klinger I, S. 153, Rdzif. 7 zu § 4 EnWG.

238) In diesem Sinne Braun, Gebietsreform, S. 60, der unter Hinweis auf Scholz, Gebietsreform, S. 40 ff. darin nur eine Einflußnahme auf die Folgen der konzessionsvertraglichen Autonomie bejaht, die die Kompetenzentscheidung unberührt lasse.

Dieser letztgenannte Konflikt kann nur mit den Mitteln des öffentlichen Rechts befriedigend gelöst werden.²³⁹⁾ Die verfassungsrechtliche Position der kommunalen Gebietskörperschaften gebietet allerdings im Hinblick auf die strukturverändernden Entscheidungsinhalte eine Kompetenzkonzentration bei den Kommunen. Die - wie dargelegt - materiell kommunalrechtliche Vergabeentscheidung muß de lege ferenda selbst die Investitionskontrollkriterien berücksichtigen können.

Ohne die legislativ-kompetenzrechtliche Problematik hier breit erörtern zu können, ist festzuhalten, daß nur das Energiewirtschaftsrecht zur konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Nr. 11 GG gehört. Damit sind nach Art. 125, 72 GG wegen Bestehens einer bundesrechtlichen Regelung die Länder zum Erlaß energiewirtschaftsrechtlicher Normen zwar nicht mehr berechtigt. Für den vorliegenden Fall der materiell kommunalrechtlichen Vergabeentscheidung ist damit allerdings klarzustellen, daß eine Bundeskompetenz nach Art. 74 Nr. 11 GG nicht besteht. Auch wenn die gegenständliche Problematik energiewirtschaftsrechtliche Bezüge aufweist, kann an der schwerpunktorientierten Zuordnung zum Kommunalwirtschaftsrecht kein Zweifel bestehen. Die Vergabekompetenz stellt sich als Element der Selbstverwaltungsgarantie dar, deren Überwachung über die kommunalrechtliche Aufsicht zu erfolgen hätte.

Der Vollständigkeit halber sei darauf verwiesen, daß die Landeskompetenz hier nicht auf die nach der föderativen Zuständigkeitsverteilung für die Ausführung von Bundesgesetzen bestehende Verwaltungskompetenz aus Art. 83 GG rekurrieren muß.

239) Das muß auch Braun, aaO, S. 62 einräumen.

- f) Dieser Neuerungs-vorschlag würde auch die prozessualen Probleme beseitigen. Nach der bisherigen Rechtslage konnte eine Gemeinde ihre Ansprüche auf Einstellung der Versorgung sowie auf Übergabe bzw. Beseitigung der Altanlagen lediglich mit der Feststellungsklage und nicht mit der Leistungsklage verfolgen, da ein auf Einstellung der Versorgung gerichtetes Urteil gegen den Normzweck des § 6 Abs. 1 EnWG verstieße²⁴⁰⁾ bzw. die Entscheidung der Energieaufsichtsbehörde nach § 4 EnWG ein Vollstreckungshindernis für ein auf Beseitigung von Anlagen gerichtetes Urteil wäre.²⁴¹⁾

Nach der hier vorgeschlagenen einheitlich öffentlichrechtlichen Lösung könnten zunächst alle auftretenden Fragen innerhalb eines Rechtswegs geklärt werden, da die unnatürliche Aufspaltung in den zweigleisigen Rechtsweg aufgehoben ist. Zum zweiten wäre keine mehrstufige Verwaltungsentscheidung, sondern nur das Verlangen der Gemeinde nach Befolgung ihrer Vergabeentscheidung Gegenstand gerichtlicher Überprüfung.

Da - wie oben vorgeschlagen - materielle Voraussetzung eines berechtigten Übergabeverlangens die bereits getroffene Neuvergabeentscheidung sein sollte, kann dem berechtigten Übergabeverlangen § 6 Abs. 1 EnWG nicht mehr ent-

240) BGH, Urt. v. 27. Oktober 1969, - KZR 2/69 - abgedruckt bei Braun, aaO, S. 86 ff. - 86.

241) OLG Braunschweig, Urt. v. 18. Januar 1971, - 5 U 8968 - abgedruckt bei Braun, aaO, S. 94 ff., 94.

gegengehalten werden.²⁴²⁾ Damit ist ein im Interesse der Versorgungssicherheit gebotener nahtloser Übergang vom bisherigen Versorger auf den Rechtsnachfolger gewährleistet, darüber hinaus kann der Dualismus aus vertraglich vereinbarter und gesetzlicher Betriebspflicht auf letztere beschränkt werden.

Innerhalb des Konzessionsvertrags ist eine Betriebspflicht nicht mehr gesondert zu statuieren, da für das indienstgenommene EVU die gesetzliche Betriebspflicht als Konsequenz der kommunalen Vergabeentscheidung automatisch zum Tragen kommt.

Dennoch kann es für die Fälle des unberechtigten Übernahmeverlangens nach Fristablauf des Vertrages zu einem Zustand der Interimsversorgung kommen.

10. Die Interimsversorgung im neuen System

- a) Der nach Ablauf eines Konzessionsvertrages unter den Beteiligten bestehende Zustand ist rechtlich schwierig faßbar,²⁴³⁾ weil regelmäßig wegen der Interessen der Endverbraucher die Versorgungsleistungen auch über die Vertragslaufzeit hinaus bis zur endgültigen Auflösung des Versorgungsverhältnisses erbracht werden. Aus diesem Grund wird

242) So für die bestehende Rechtslage der BGH, Urt. v. 27. Oktober 1969, ET 1970, S. 219 ff.; kritisch dazu Braun, Gebietsreform, S. 50 f. und Fußnote 72; nach der Neukonzeption kann die Versorgungspflicht des § 6 Abs. 1 EnWG nur dort bestehen, wo rechtlich zulässig versorgt werden darf. Das hängt von der konzessionsvertraglichen Entscheidung ab, nicht von der Eigentumslage an den benutzten Grundstücken.

243) Zu den möglichen Konsequenzen de lege lata statt vieler Braun, Gebietsreform, S. 23 ff., 26 ff.

teilweise vom Fortbestehen des Vertrages, teils von einem neuen Vertrag durch konkludentes Handeln, teils aber²⁴⁴⁾ schlicht von einem vertragslosen Zustand gesprochen. Einigkeit dürfte darüber bestehen, daß die Bedingungen des ausgelaufenen Vertrages Grundlage der rechtlichen Bewertung des Folgezustands zu sein haben. In diesem Zustand der Interimsversorgung muß sich die Pflichtenstellung der Beteiligten bei faktischer Erfüllung der nicht mehr vertraglich vorgeschriebenen Leistungen auch nach den Vergabebedingungen richten.

- b) Dies hat zunächst Bedeutung für die Zahlung und die Höhe der meist langfristig vereinbarten Konzessionsabgaben. Die Zahlungsverpflichtung als solche kann angesichts der unverändert erfüllten Gegenleistung nicht zweifelhaft sein. Ob allerdings eine Bindung auch an die vereinbarte Höhe besteht, erscheint problematisch, da trotz des Nominalwertprinzips ein berechtigtes Interesse an Erhöhung² nach Fristablauf gegeben sein dürfte. Andererseits erscheint es aussichtsreich, durch ein Festhalten am status quo die Einigungsbemühungen zu beschleunigen.

244) Wobei die zwangsläufige Verletzung von § 313 BGB und der Anmeldevorschriften nach GWB unschädlich sein sollen, vgl. Straßburg, ET 1977, S. 507 ff. Zur unterschiedlichen Diktion vgl. Büdenbender, Energierecht, Rdzif. 851 ff.; Braun, Gebietsreform, aaO.

Beseitigen ließe sich die Frage der Interimsversorgung in konsequenter und rechtsgrundsätzlicher Weise nur durch die Aufhebung der Befristung und die Einführung eines konzessionsvertraglich eingeräumten und zeitlich unbefristeten, allerdings zu angemessenen Fristen kündbaren Versorgungsrechtes. Wäre die Kündigung mangels Vorliegens der - gesetzlich zu normierenden - Übergabevoraussetzungen rechtswidrig, so könnte das Versorgungsverhältnis zunächst zu den bestehenden Bedingungen ohne Rechtsunsicherheit fortgesetzt werden.

Die rechtskonstruktive Neukonzeption der vertraglichen Versorgungsgebietskonzession ist auch Grundlage und Voraussetzung für eine neue Straßenbenutzungsordnung für Energieversorgungsleitungen, die nicht mehr Anknüpfungs- sondern Erfüllungsfunktion gegenüber der Gebietsvergabe haben soll.

E. Das Straßenbenutzungsrecht für private Energieversorgungsleitungen in neuer Sicht

I. Derzeitige Rechtslage

Die wegerechtliche Problematik der Konzessionsverträge ist in der gegenüber allen anderen Straßennutzungsarten gesetzlich eingeräumten Sonderstellung für Versorgungsunternehmen zu sehen. Die von den EVU vorzunehmende Verlegung von Versorgungsleitungen stellt rechtsbegrifflich eine nicht mehr gemeingebräuchliche, regelmäßig wenigstens kurz gemeingebrauchsbeeinträchtigende Sondernutzung der öffentlichen Straßen und Wege dar. Abweichend von der grundsätzlich öffentlichrechtlich gewährten Sondernutzungserlaubnis gestatten das Fernstraßengesetz (§ 8 Abs. 10) und ihm folgend die meisten Landesstraßengesetze, über die Straßenbenutzung für Zwecke der öffentlichen Versorgung bürgerlichrechtliche Vereinbarungen abzuschließen.

Ausnahmen bilden zum einen § 11 Abs. 1 BlnStrG, wonach jede Benutzung der öffentlichen Straßen für Zwecke der öffentlichen Versorgung neben der privatrechtlichen Zustimmung des Straßeneigentümers auch der öffentlichrechtlichen Erlaubnis der Straßenaufsichtsbehörde bedarf.

Die andere Ausnahme stellt § 19 HbgWG dar, wonach eine Sondernutzung stets und ausschließlich einer öffentlichrechtlichen Erlaubnis bedarf, weil § 4 HbgWG nur öffentliches Eigentum an den öffentlichen Wegen kennt. Damit kann es nur einen öffentlichrechtlichen Anknüpfungspunkt für das Sondernutzungsrecht zulassen.

Die Normierung der Konzeption privatrechtlicher Vereinbarungen über die Straßenbenutzung für Zwecke der öffentlichen Versorgung erfolgte auf Drängen der Versorgungswirtschaft, die dadurch hoheitlicher Bevormundung entgehen wollte.²⁴⁵⁾ Auf das Erfordernis der öffentlichrechtlichen Erlaubnis wurde verzichtet, um der Versorgungswirtschaft, die selbst in hohem Maße öffentlichen Interessen dient, entgegenzukommen.²⁴⁶⁾

245) Zu diesem Hintergrund Evers, Wegekonzession, S. 188; Brückner, Straßenbenutzung, S. 39; Bullinger, Mineralölfernleitungen, S. 43; Marschall, Benutzung, S. 8 weist noch zutreffend darauf hin, daß der erste Entwurf des Bundesverkehrsministeriums zum Fernstraßengesetz vorgesehen hatte, die Rechtsbeziehungen zwischen dem EVU und dem Straßenbaulastträger schlechthin dem öffentlichen Recht zuzurechnen, vgl. § 8 des Entwurfs vom 10.4.1953 mit Begründung (BT-Drs. I/4248).

246) So Knorr, BayVBl. 1958, S. 302; Brückner, aaO, S. 39; kritisch schon Stern, AÖR 84, S. 290.

Die Vergabe der Nutzungsbefugnis erfolgt zwar in den genannten Regelfällen durch den Straßenbaulastträger, dem auch dann, wenn er nicht Eigentümer der Straßengrundstücke ist, die Ausübung der Rechte und Pflichten des Eigentümers einschließlich der Befugnisse zur Regelung der Sondernutzungen nach bürgerlichem Recht zustehen.^{246 a)} Die Sondernutzungsvergabe erfolgt allerdings rechtskonstruktiv in Wahrnehmung von Eigentümerrechten und nicht in der Ausübung der Straßenhoheit.

1. Aus konzeptioneller Betrachtung stellt sich das gegenwärtige privatautonome Konzessionsvertragssystem als das eigentliche Hindernis bei der Durchsetzung der öffentlichrechtlichen Straßenhoheit dar. Die Wegebenutzungsvereinbarungen erweisen sich letztlich als dienende Vollzugsgeschäfte für die bürgerlichrechtlichen Demarkationsabsprachen zwischen den EVU, ohne die ihnen zukommenden versorgungswirtschaftlichen und kommunalpolitischen Zwecke verfolgen zu können.²⁴⁷⁾

Im übrigen Schrifttum wurde zwar der Versuch unternommen, die Reichweite dieses straßenrechtlichen Privatrechtsvorbehalts einzuschränken, die systemkonforme Eliminierung dieses ungerechtfertigten Fremdkörpers wurde aber nur selten gefordert.

So wurde interpretiert, Versorgungsleitungen würden stets den Gemeingebrauch stören, mindestens wenn sie eine Straße in größerer Länge oder für längere Dauer benutzten, insbe-

246 a) Vgl. etwa Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 BayStrWG.

247) Zur grundsätzlichen Kritik bereits Bartlsperger, DVBl. 1980, S. 251; ders., Werbenutzungsverträge, S. 81 ff.; ders., DVBl. 1979, S. 1 ff., 4; ders., Sachenrechtsverhältnis, S. 13 ff.

sondere aber, weil sie geeignet seien, den Straßenzustand nachteilig zu beeinflussen. Demzufolge wurde eine Genehmigung der Wegeaufsichtsbehörde für erforderlich gehalten.²⁴⁸⁾

2. Dem ist das Bundesverwaltungsgericht mit einer am Hintergrund der gesetzlichen Regelung orientierten Interpretation entgegengetreten.²⁴⁹⁾ Der Zweck der gesetzlichen Bestimmungen sei es, die Erfüllung der dem Allgemeinwohl dienlichen Aufgaben durch die EVU anzuerkennen. Die Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs durch Straßenbenutzung für Versorgungszwecke sei - soweit verhältnismäßig - hinzunehmen. Der Gesetzgeber habe zugunsten von Versorgungspflichten den öffentlichrechtlichen Bereich verlassen und der privatautonomen Vereinbarung zwischen Eigentümer und Benutzer vorbehalten.²⁵⁰⁾
3. Die Aufrechterhaltung dieser dualistischen Struktur mit einer unnatürlichen Aufspaltung in öffentlichrechtliche und privatvertragliche Sondernutzungen entbehrt einer sachlichen Berechtigung. Die lediglich historischen und interessenorientierten Gründe²⁵¹⁾ für die dualistische Betrachtung eines begrifflich identischen Vorrangs können nicht an der klaren Entscheidung des Gesetzgebers vorbeigehen, daß jede Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs des besonderen Rechtsakts der öffentlichrechtlichen Genehmigung bedarf.²⁵²⁾ Die straßenrechtliche Dogmatik hat insoweit die Eigentümerbefugnisse

248) So etwa Schack, VerwArch 54 (1963), S. 53; Scholz, Gebietsreform, S. 13, S. 65.

249) BVerwGE 29, 248 ff.

250) BVerwGE 29, 251 f.

251) Evers, Wegekonzession, S. 188.

252) In diesem Sinne bereits Maunz, VerwArch 50 (1959) S. 315 ff., 333, 337.

überlagert, da die Einräumung des den Gemeingebrauch störenden Sondergebrauchsgrundsätzlich als öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis ausgestaltet ist, das nicht mehr der Zustimmung des Eigentümers bedarf.

Es erscheint nicht mehr sachlich begründbar, warum in einem Fall einer so gelagerten Inanspruchnahme Öffentlicher Straßen die Eigentümerbefugnisse allein wegen des besonderen Nutzungszwecks oder der Eigenschaften der Sondernutzungsbewerberwieder aufleben sollen und die - durch die Widmung erkennbare - überragende Rolle Öffentlicher Interessen an den Straßen für diesen Spezialfall in den Wintergrund treten sollen.²⁵³⁾

Der Systembruch durch den Privatrechtsvorbehalt wird vollends unerträglich, wenn er als Ursache für die weithin unbefriedigende vertragliche Folgekostenpraxis sichtbar gemacht wird. Nur die Aufrechterhaltung des bürgerlichrechtlichen Vertragssystems gestattet es den Kommunen, bis heute weitgehend frei die Kostenfolge für die (auch straßenrechtlich) veranlaßte Verlegung von Versorgungsleitungen den EVU vertraglich zu überbürden. Auch die aktuelle Frage der Konzessionsabgaben kann nicht völlig unberührt bleiben. Daher ist eine rechtsgrundsätzliche Änderung ins Auge zu fassen.

II. Das Straßenbenutzungssystem für die Leitungsverlegung nach neuem System

1. Der erste Schritt auf dem Wege zu einer systemeinheitlichen und sachgerechten Straßenbenutzungsordnung muß die Beseitigung des Privatrechtsvorbehalts für konzessionsvertragliche Vereinbarungen sein.²⁵⁴⁾ Die Inanspruchnahme einer polyfunk-

253) Zur Bedeutung des öffentlichen Interesses sogar BGHZ 15, S. 113 = ET 1954/55, S. 200, 201.

254) Die dualistische Auffassung wird auch in der Literatur (de lege ferenda) als überholt betrachtet, vgl. etwa Marschall, Benutzung, S. 6.

tionalen Verwaltungsleistung muß zwar auf flexible Weise den vielfältigen Nutzungsbedürfnissen entsprechen, kann diesen Anforderungen aber auch nur durch eine dogmatisch klare Konzeption gerecht werden.

2. Allein die Herstellung einer rein öffentlichrechtlichen Benutzungsordnung mit Vergabe von ausschließlich öffentlichrechtlichen Sondernutzungserlaubnissen wird der Interessenlage der an konzessionsvertraglichen Vereinbarungen Beteiligten nicht gerecht. Denkbar wäre immerhin die Konstruktion einer Mitwirkung des Trägers der Straßenaufsicht durch öffentlichrechtliche Genehmigung der Konzessionsverträge. Damit ist aber noch nicht entschieden, ob eine straßenrechtliche Genehmigungspflicht eingeführt werden sollte oder die Erteilung eines Negativattestes als ausreichend gelten sollte, und ob eine kommunalaufsichtliche Genehmigung auch als straßenaufsichtsrechtliche Genehmigung zu interpretieren wäre.²⁵⁵⁾

Entscheidend erscheint vielmehr, daß die lege ferenda die vertragliche Übertragung des Gebietsversorgungsrechtes (Konzessionierung) von der Verschaffung der Wegebenutzungstitel zu trennen. Vielmehr sollte die Vergabeentscheidung als Tatbestandsmerkmal für eines der noch zu behandelnden Modelle der Einräumung von Wegebenutzungstiteln fixiert werden. Damit wäre die Gemeinde bei der Vergabeentscheidung nur noch in Wahrnehmung ihrer die öffentliche Aufgabe ausfüllenden Energieversorgungskompetenz und nicht mehr als Wegeeigentümerin in Funktion, wohingegen die Straße gegenüber der Konzessionsentscheidung auf die ihr zukommende dienende Funktion zurückgeführt wäre.²⁵⁶⁾ Die benutzungsrechtliche

255) Zu diesem Fragenkomplex vgl. auch Evers, Wegekonzession, S. 188.

256) Zum Begriff der Straße als Verwaltungsmittel Scholz, Gebietsreform, S. 69; im bisherigen Anknüpfen an das Eigentum für die Ausschließlichkeitsklausel der Konzessionsverträge sieht Marschall einen Mißbrauch der öffentlichen Straßen für sachfremde Zwecke, vgl. Marschall, Benutzung, S. 14.

Seite könnte dann unabhängig von Vergabekriterien flexibel öffentlichrechtlich gestaltet werden. Nicht zuletzt sei noch darauf hingewiesen, daß durch eine sachdienlichere öffentlichrechtliche Lösung weder die wirtschaftliche Sicherung der EVU verlorengelht, noch über das Eigentum eine unnötige Bindung der Gemeinden festgeschrieben bleibt.²⁵⁷⁾

Mit der Befreiung der Vergabeentscheidung von der eigentumsabhängigen Position kann der Mißbrauch des öffentlichen Straßenrechts für sachfremde Zwecke ausgeschaltet werden.

Die Gemeinden wären nicht mehr gezwungen, auf eine weitere mögliche wirtschaftlichere Entwicklung zu verzichten und müßten ihren Einfluß nicht mehr auf dem Umweg über Befugnisse aus dem Eigentum geltend machen, das vornehmlich anderen Zwecken zu dienen hat.

3. Als Konsequenz des Verzichts auf die Möglichkeit privatrechtlicher Wegerechtsbestellungen bietet sich eine am Zweck der einzelnen Benutzungsvorgänge orientierte, variable, gesetzliche Normierung der benutzungsrechtlichen Seite an.²⁵⁸⁾ Für die Ausgestaltung dieser entweder in ein neues Energieversorgungsgesetz oder in ein eigenes Energieleitungsgesetz aufzunehmenden Regelungen stehen folgende Modelle zur Verfügung.

257) Marschall, Benutzung, S. 14.

258) Für ein neben dem EnWG zu schaffendes besonderes Gesetz spricht sich auch Marschall aus, vgl. Benutzung S. 10.

- a) Erörtert wird, ob die Verlegung von Versorgungsleitungen als Gemeindegebrauch angesehen oder normiert werden sollte.²⁵⁹⁾ Dem ist schon mit den Erfahrungen aus der Diskussion nach bestehender Rechtslage zu begegnen, wonach die Straßenbenutzung durch Versorgungsleitungen als über den Gemeindegebrauch hinausgehend betrachtet²⁶⁰⁾ und lediglich über dessen Beeinträchtigung gestritten wird.²⁶¹⁾ Ausschließlich die Theorie von der Straße als Mehrzweckinstitut nimmt Gemeindegebräuchlichkeit an.²⁶²⁾ Es erscheint allerdings fraglich, ob diese Auffassung de lege lata noch haltbar ist, da sie bereits vor Inkrafttreten des "neuen Straßenrechts" geäußert wurde. Um so mehr ergeben sich Bedenken im Hinblick auf die zukünftige Ausformung der Straßenbenutzung. Diese Ansicht geht schon an der durch Widmung zum Verkehr umrissenen Hauptfunktion der öffentlichen Straßen vorbei und kommt im Hinblick auf eine nicht ihrer Bedeutung entsprechende Gleichstellung von Versorgungsleitungen mit Verkehrsteilnehmern auch de lege ferenda nicht in Frage.²⁶³⁾ Hinzu kommt, daß die Gebietsvergabeentscheidung als Tatbestandsvoraussetzung des Benutzungsrechts nach diesem Modell ausscheiden müßte, was gerade nicht beabsichtigt ist. Eine für jedermann zulässige Straßennutzung kann bei exklusiver Gebietsvergabe außer Betracht bleiben.

259) Arbeitskreis Konzessionsabgabenrecht, zit. bei VKU, Konzessionsabgaben, S. 9.

260) Etwa statt vieler Biedenkopf-Kellmann, Energieversorgungsanlagen, S. 8; Eiser-Riederer-Oberholte-Danner V, S. 10 f.

261) Bejahend etwa Schack, VerwArch Bd. 54, S. 62 f.; VKU, Konzessionsabgaben, S. 34; mit der herrschenden Meinung ablehnend etwa Niederleitinger, Sondernutzungen, S. 120.

262) Kötting, Daseinsvorsorge, S. 24.

263) Bedenken aus Art. 28 Abs. 2 GG bzw. eine Zulassung für jedermann unter gesetzlich fixierten Bedingungen hat auch Stern, Kommunalwirtschaft, S. 17 f.

- b) Als zweckgerechte Alternative wird hier die Einführung eines gesetzlichen Wegerechts auf der - zu modifizierenden - Grundlage des TWG-Modells vorgeschlagen. Trotz der zu erörternden Abweichungen gegenüber dem TWG ist dieses Konzept nicht nur systemkonform, sondern auch praktikabel, wie die guten Erfahrungen der Verwaltung mit diesem Gesetz beweisen.²⁶⁴⁾

Das Wesen eines gesetzlichen Wegerechts liegt in einem durch Hoheitsakt oder öffentlichrechtlichen Vertrag (hier Konzessionsvertrag) begründeten öffentlichrechtlichen Benutzungsverhältnis, dessen Inhalt gesetzlich fixiert und nicht disponibel ist.²⁶⁵⁾ Vorschläge in diese Richtung sind nicht neu. So gab es bereits in den Jahren 1906/11 den Entwurf eines Starkstromwegegesetzes,²⁶⁶⁾ nach dem Ersten Weltkrieg legte das Reichsschatzministerium 1920 den Referentenentwurf eines Reichselektrizitätsgesetzes vor,²⁶⁷⁾ der Entwurf eines Bundeselektrizitätsgesetzes in der Fassung vom Juli 1954²⁶⁸⁾ forderte gesetzliche Leitungsrechte auch an bebauten Grundstücken. Schließlich ist die Forderung nach Einführung gesetzlicher Wegerechte für die EVU's neben dem Konzept der staatlichen Konzession und dem Ausschreibungsverfahren Teil der jüngeren Neuordnungskonzepte.²⁶⁹⁾

264) Kempfer, Fernmeldeleitungsrecht, S. 197.

265) Kempfer, aaO, S. 202.

266) Beschrieben bei Steinhauser, Deutsches Elektrizitätsrecht, 1928, S. 64 ff.

267) Der in Vollzug des Sozialisierungsgesetzes die Überführung des Wegebenutzungsrechts vom Eigentümer auf die Konzessionsbehörde vorsah.

268) Erwähnt bei Wirth, in ET 1957/58, S. 5.

269) Etwa Vorschlag des Arbeitskreises Konzessionsabgabenrecht, zit. bei VKU, Konzessionsabgaben, S. 9.

c) Umstritten ist im System eines gesetzlichen Wegerechts, ob es sich dabei rechtsbegrifflich um eine Sondernutzung handelt²⁷⁰⁾ oder nicht. An einer Sondernutzung fehlt es wohl schon deshalb, weil der rechtsbegründende Verwaltungsakt der Sondernutzungserlaubnis fehlt.²⁷¹⁾ Aber auch vom Rechtsbegrifflichen her muß die Qualifikation als Sondernutzung hier ausscheiden, da sie sich regelmäßig mit der Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs beschäftigt, während die gesetzliche Nutzungsbefugnis nach dem konzipierten Gesetz gerade entstehen soll, wenn der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt wird.²⁷²⁾

d) Bedenken gegen die Einführung eines gesetzlichen Wege-rechts werden unter dem Gesichtspunkt der Enteignung geltend gemacht. Hier ist zunächst zwischen öffentlichen und privaten Wegen zu differenzieren. Privatstraßen gegenüber bedeutet die Einrichtung eines gesetzlichen Benutzungsrechts für EVU eine Beschränkung der sachherr-schaftlichen Eigentümerbefugnisse aus den §§ 903, 905 BGB sowie des Art. 14 GG. Allerdings hält sich diese öffent-lichrechtliche Inhaltsbestimmung regelmäßig innerhalb der Sozialbindung des Eigentums, lediglich für genauer zu fassende, erhebliche Beschränkungen ist eine Enteignungs-entschädigung vorzusehen.

Auch gegenüber öffentlichen Straßen und Wegen wird das Vorliegen einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung behauptet.²⁷³⁾ Dies hängt unzweifelhaft von der Ausgestaltung des gesetzlichen Wegerechts im einzelnen ab. Hinsichtlich

270) Kodal, Straßenrecht, S. 503 und Marschall/Schroeter/Kastner, S. 292 lassen eine Einräumung durch Gesetz ausreichen.

271) Mit dieser Begründung Aubert-Klingler, Fernmeldeleitungsrecht, II. Teil, 3. Aufl. 1976, S. 59 f.

272) Dies betont zu Recht Kempfer, Fernmeldeleitungsrecht, S. 203.

273) Nedden, Kreuzungsrecht, S. 140; Kodal, Straßenrecht, S. 553.

der Regelung des § 1 TWG, dem für den gegenständlichen Bereich Modellcharakter zukommt, kann aber davon ausgegangen werden, daß nur ein die Öffentlichkeit des Weges betreffendes Benutzungsverhältnis ohne Rücksicht auf das Grundeigentum geschaffen werden soll.²⁷⁴⁾

Für die straßenbenutzungsrechtliche Regelung des Energieversorgungsrechts sollte dementsprechend als Adressat der Nutzungslast nicht der Eigentümer, sondern der Weg Herr angesehen werden. Anknüpfungspunkt für das Wegerecht ist die vorhandene wegerechtliche Widmung, bei deren Wegfall auch das gesetzliche Wegerecht zu entfallen hat.

Inhalt und Umfang der Widmungsverfügung bestimmen über die öffentliche Zweckbestimmung der Straße dahingehend, in welche Straßenklasse sie eingestuft wird und welche Benutzungsarten welchem Benutzerkreis eröffnet werden. Entscheidend an der Widmung und öffentlichen Zweckbestimmung der Straße ist, daß sie auch gesetzliche Leitungsrechte umfaßt und damit Ausdruck der Mehrzweckfunktion der öffentlichen Straße ist. Das als Folge der straßenrechtlichen Widmung entstehende Nutzungsrecht ist nach der hier vorgeschlagenen Lösung von der weiteren tatbestandlichen Voraussetzung der konzessionsvertraglichen Vergabeentscheidung abhängig. Es bleibt festzuhalten, daß die - zulässige - Eigentumsbeschränkung in der Widmung, nicht in dem sich daran anschließenden gesetzlichen Wegerecht liegt.

274) Kempfer, Fernmeldeleitungsrecht, S. 198.

Damit dürften gleichzeitig weitere Bedenken, ein gesetzliches Wegerecht würde die öffentlichen EVU begünstigen, staatlichen Einfluß verstärken und die Einzelinitiative lähmen, entkräftet sein. Die sachnotwendige Einräumung eines monopolistischen Gebietsversorgungsrechtes resultiert nicht aus dem gesetzlichen Wegerecht, sondern aus der Vergabeentscheidung, verstärkt wird allenfalls der kommunale Einfluß, der Konkurrenz und Engagement des Versorgungsmarktes eher beleben soll.

Auch Bedenken, ein gesetzliches Wegerecht nach einem veränderten TWG-Modell würde die Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden verletzen, können mit dem Hinweis darauf relativiert werden, daß dieses Benutzungsrecht nur die Folge einer bereits aus dem Selbstverwaltungsrecht abgeleiteten Vergabeentscheidung ist, mithin gegen den Willen der Gemeinde kein Wegerecht entstehen kann. Dennoch erscheint es angebracht, eine öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf Belange der Gemeinden in das Gesetz aufzunehmen. Diese Pflichtigkeit ergibt sich im Anwendungsbereich des TWG für die Bundespost bereits von selbst aus der Stellung als öffentlichrechtliche Körperschaft und aus der Leitung durch den Bundespostminister, sie ist bei privaten EVU unterschiedlichster Rechtsform nicht ohne weiteres zu erwarten. Inwieweit allerdings zwingend eine gesetzliche Regelung dieser Frage geraten erscheint, soll offen bleiben, da sie durchaus als Gegenstand der einzelvertraglichen Abmachungen denkbar ist.

e) In diesem Zusammenhang soll noch darauf hingewiesen werden, daß die Forderung nach Einführung eines besonderen energiewirtschaftlichen Planfeststellungsverfahrens mit der Statuierung eines gesetzlichen Wegerechts keine Berührungspunkte aufweist. Es wurde bereits dargelegt, daß die Funktion des Planfeststellungsverfahrens in der verfahrensmäßigen Entscheidungskonzentration für aufsichtliche Anlagengenehmigungen oder innerhalb des Enteignungsverfahrens zu sehen ist, aber keine Aufgabe bei der Gebietsvergabeentscheidung hat.²⁷⁵⁾ Das im TWG vorgesehene Planfeststellungsverfahren entbehrt für Energieversorgungsleitungen insoweit der Notwendigkeit, als der Regelungsgegenstand Gebietsvergabe bereits durch die konzessionsvertragliche - für die Wegerechtsbestellung tatbestandsmäßige - Entscheidung vorweggenommen ist und die in Anspruch genommenen Wegeflächen bereits enthält.

Damit ist noch keine Aussage darüber getroffen, ob nicht die konkrete Dislozierung der Trassenführung der Konzentrationswirkung eines Planfeststellungsverfahrens unterworfen werden soll. Festzuhalten ist, daß die Vergabeentscheidung und ein solches Planfeststellungsverfahren keine unmittelbaren Berührungspunkte aufweisen. Inwieweit ein Planfeststellungsverfahren geeignet wäre, die Folgekostenfrage befriedigend zu regeln, bleibt noch zu erörtern.

275) Dazu etwa Hammer, DÖV 1973, S. 594 ff., 595; ET 1973, 310 f., 454, und Fußnote 224; vgl. auch oben D II 8.

- f) Nicht gelöst ist auch die Frage der Gesetzgebungskompetenz für die Einführung eines gesetzlichen Wegerechts, da für das Energiewirtschafts- und das Fernstraßenrecht eine Bundeskompetenz aus Art. 74 Nr. 11 bzw. Nr. 22 GG besteht, für das Landesstraßenrecht und das Kommunalrecht aber die Länder zuständig sind. Nach der vorliegenden Konstruktion erweist sich die Frage der Wegebenutzung lediglich als Folge der materiell kommunalrechtlichen Gebietsvergabeentscheidung. Damit könnte man eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs für die Länder bejahen, ohne daß deshalb die Bundeskompetenz für die überregionalen und großräumigen Bezüge von Fernleitungen etc. bestritten würde.²⁷⁶⁾

/ere

Es sprechen allerdings mehr Gründe für die Annahme einer energiewirtschaftsrechtlichen Bundeskompetenz nach Art. 74 Nr. 11 GG. Dafür läßt sich nicht nur die Bundeskompetenz für das TWG nach Art. 123, 125 GG^{276 a)} im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung ins Feld führen. Die Verknüpfung eines gesetzlichen Wegerechts mit der kommunalwirtschaftsrechtlichen Vergabeentscheidung deutet noch nicht auf eine Landeskompetenz für die legislative Gestaltung der Benutzungsordnung hin. Auch wenn das gesetzliche Wegerecht Ausfluß und Folge der gemeindlichen Entscheidung ist, bleibt die Frage des Straßennutzungsrechts für Energieversorgungsleitungen eine dem energiewirtschaftsrechtlichen Bereich unmittelbar zuzuordnende Materie.

276) In diesem Sinne statt vieler Stern, Kommunalwirtschaft, S. 25.

276 a) Die bundesrechtliche Kompetenz für den Gegenstand des TWG ergibt sich jetzt aus Art. 73 Nr. 7 GG.

Auch nach Ausräumung sämtlicher Bedenken gegen die Einführung eines gesetzlichen Wegerechts bleibt dessen Einfluß auf die Konzessionsabgaben zu erörtern.

4. Konsequenzen für das "Wegebenutzungsentgelt" (Konzessionsabgabe)

- a) Übernimmt man das Regelungsmodell des TWG auch in seiner die Benutzungsgebühren / ^{betreffenden} Ausgestaltung, so wäre der teilweise von Seiten der Versorgungswirtschaft schon andernorts vorgebrachten Forderung nach gänzlicher Abschaffung der sogenannten Konzessionsabgaben genüge getan. Das Straßenbenutzungsrecht nach dem TWG wird unentgeltlich gewährt.

Die Normierung eines kostenlosen Benutzungsanspruchs begegnet allerdings kaum überwindlichen Bedenken. Das TWG konnte ein unentgeltliches Straßenbenutzungsrecht nur einführen, weil es keine reichsgesetzmäßige Eigentumsgarantie gab.²⁷⁷⁾

Zwar ist es nicht angängig, die Einnahmen aus den Konzessionsabgaben heute zum eigentumsmäßig gefestigten Bestand der Garantie des Art. 14 Abs. 1 GG zu rechnen, da Hoheitsträger und damit auch Gemeinden zwar zulässiger Weise Eigentum, aber keine Grundrechtsfähigkeit besitzen.^{277a)} Dennoch ist heute eine ersatzlose Abschaffung der Konzessionsabgaben auch bei Einführung eines - ^{/dem} TWG ähnlichen - Modells nicht möglich, da dies einer nicht einsichtigen Subventionierung der Privatwirtschaft mit einer nicht zu rechtfertigenden Belastung des Steuerzahlers auf anderen Gebieten gleichkäme.^{277 b)} Die Belastung der EVU erscheint angesichts der Er-

277) Stern, Kommunalwirtschaft, S. 17.

277 a) BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982, DVBl. 1982, 940, 942.

277 b) Eine unentgeltliche Straßenbenutzung würde die Folgepflicht der EVU entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 3, 6 TWG auslösen, wodurch ein ungelöster Berührungspunkt mit der Folgekostenproblematik entstünde.

fahrungen aus Jahrzehnten erträglich, eine Vergünstigung der Strompreise ohne die rechtliche Verpflichtung für die EVU zur Umlegung der Ersparnisse auf die Strompreise erscheint in Anbetracht der auf dem Markt erzielbaren Preise aber nicht zu erwarten. Der verfassungsrechtlich abgesicherte Anspruch der Gemeinden auf angemessene Finanzausstattung aus der Finanzhoheit als Teil der Selbstverwaltungsgarantie könnte allenfalls durch äquivalenten staatlichen Finanzausgleich kompensiert werden.²⁷⁸⁾

Wegen der angespannten Haushaltslage ließe sich dieses Projekt nur über Steuererhöhungen finanzieren, die unter Beachtung der bereits extrem hohen Steuerlastquote derzeit politisch kaum durchsetzbar sein dürften. Die Beibehaltung der Konzessionsabgaben ist auch sachlich berechtigt, da sie eine verhältnismäßig bestimmte, angemessene Gegenleistung für eine von der Gemeinde erbrachte Leistung darstellen und darüber hinaus erhebliche strukturpolitische Bedeutung haben. Sie ermöglichen tendenziell großflächige Versorgung, wo diese sinnvoll erscheint.²⁷⁹⁾

Als entscheidend für die Beibehaltung der Konzessionsabgaben ist aber die kommunalwirtschaftsrechtliche Anknüpfung anzusehen. Die von den EVU zu erbringenden Leistungen stellen sich als äquivalentes Entgelt für den Verzicht der Gemeinden auf Eigenversorgung und die Ausschließlichkeit der Gebietsvergabe dar.

278) Stern, aaO, S. 17; die insbesondere aus Niedersachsen, Energieprogramm 1980, S. 84 vorgebrachte Forderung nach Abschaffung bzw. Beschränkungen der Konzessionsabgaben bespricht Büdenbender, Energierecht, Rdnr. 1366

279) Büdenbender, aaO, Rdnr. 1366.

- b) Die Beibehaltung der Konzessionsabgaben sagt noch nichts über die Art ihrer Reglementierung in Konsequenz der veränderten Konzessions- und Nutzungsregelungen aus. Bereits an ihrer Rechtsnatur als zivilrechtliche Entgelte kann angesichts der Überführung des Gesamtkomplexes in das öffentliche Recht nicht festgehalten werden. Sie sind also de lege ferenda künftig als öffentlichrechtliche Entgelte zu qualifizieren.

Die bisher als Entgelt für die Benutzung der Gemeindewege gezahlten Abgaben sollen aber auch weiterhin der Höhe nach für vertragliche Vereinbarungen disponibel sein. Da sich innerhalb des konzipierten Benutzungsmodells die Wegebenutzungstitel nicht mehr durch Vereinbarung, sondern aus dem Gesetz als Konsequenz der vertraglichen Vergabeentscheidung ergeben, können flexible Konzessionsabgaben auch nicht mehr Wegebenutzungsentgelte sein. Dies wird auch dem schwerpunktmäßigen Inhalt der Konzessionsabgabe gerecht, der den kommunalrechtlichen Verzicht auf Eigenversorgung und die exklusive Vergabe von Versorgungsrechten zum Gegenstand hat.²⁸⁰⁾

280) Zum Komplex der Rechtsgründe für die Leistung der Konzessionsabgaben Evers, Wegekonzession, S. 195; Konzessionsabgaben als Gegenleistung für das Recht zur ausschließlichen Versorgung qualifiziert auch Bettermann, Gebietsreform, S. 15.

Die schon bisher strukturfördernden und die EVU weit weniger als behauptet belastenden Konzessionsabgaben²⁸¹⁾ könnten dann als öffentlichrechtliches Entgelt für die Möglichkeit, von einer erteilten Verleihung oder Erlaubnis Gebrauch^{zu} machen, neu definiert werden.²⁸²⁾

- c) Die Beibehaltung disponibler Konzessionsabgaben als Gegenleistung für die Gewährung des Ausschließlichkeitsrechts bzw. den Verzicht auf Eigenversorgung erlaubt es, ^{sie} ohne gesetzliche Regelung der Verhandlung der Konzessionsvertragspartner zu überlassen. Die Höhe wird sich - unbeschadet der KAE - hauptsächlich an der Ertragslage und der Konkurrenzsituation richten.
- d) Weitere Reformüberlegungen gehen dahin, das Fallen des "Konzessionsabgabenstops" zu erreichen und die Begrenzung der höchstzulässigen Konzessionsabgaben neu zu formulieren. Im Übrigen wird diskutiert, ob die Einnahmen der Gemeinden aus Konzessionsabgaben wie bisher körperschaftssteuerfrei bleiben können. Da diese Überlegungen allenfalls am Rande gebietsstrukturelle Bedeutung haben, soll die Problematik hier nur angedeutet werden.²⁸³⁾ Unmittelbare Beziehung zum Thema hat vielmehr der Reformvorschlag, sogenannte gesetzliche Durchleitungsrechte zu schaffen.

5. Gesetzliche Durchleitungsrechte als extraordinary Benutzungs- titel

- a) Die Begründung dieser gesetzlichen Leitungsrechte soll allen Energieerzeugern für die Belieferung von Großabnehmern unter Umgehung der ausschließlichen Verteilungskompetenz der regionalen Gebietskörperschaften zukommen.²⁸⁴⁾ Beab-

281) Rinke, Mitarbeit der Kommunen, S. 213.

282) In dieser Richtung bereits Uffhausen, Benutzungsgebühr, S. 21, der eine rein öffentlichrechtliche Straßenbenutzungsregelung bejaht und für ein privatrechtliches Entgelt keine Berechtigung mehr sieht, S. 132.

283) Dazu ausführlicher Sölch, Konzessionsabgaben, S. 255 m.w.N.

sichtigt ist damit eine Auflockerung der Wettbewerbssituation, weil die einzelnen EVU verpflichtet wären, ihre Leistungen überregionalen Stromproduzenten zur Verfügung zu stellen.²⁸⁵⁾ Das Leitungsmonopol soll dadurch kompensiert werden, indem den regionalen EVU eine "Beförderungspflicht" auferlegt wird. Die Gemeinden sollen nach Intention des Vorschlags die Möglichkeit erhalten, möglichst viele Offerten auch weiter entfernt liegender Stromproduzenten einzuholen, ohne sich mit den örtlichen Gebietsmonopolisten arrangieren zu müssen.²⁸⁶⁾

- b) Die Begründung gesetzlicher Leitungsrechte begegnet allerdings vielfältigen Bedenken. So erscheint etwa dem Arbeitskreis Reform des EnWG eine Durchleitungspflicht im örtlichen Bereich wegen der kartellbehördlichen Mißbrauchsaufsicht nicht mehr nötig zu sein.²⁸⁷⁾ Als Nachteile werden weiterhin genannt Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs, Gefahr von Mehrfachinvestitionen und Entmischung von Verbrauchergruppen.²⁸⁸⁾ Kritik wird auch daran geübt, daß nur einzelnen wichtigen Abnehmern Sondervorteile zu Lasten der

284) So schon List, Energierecht, 2. Aufl., S. 74; vgl. auch Emmerich, ET 1971, S. 298, 299 ff. m.w.N.; allgemein zu Durchleitungsrechten auch Obernolte, DB 1975, S. 2169; Tegethoffs, Grundsatzprobleme, S. 62.

285) So etwa § 9 des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuordnung des Rechts der Versorgung mit leitungsgebundener Energie, 1973.

286) Dazu etwa Hamm, Wettbewerb, S. 5; Immenga, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 248; befürwortend auch Monopolkommission, Hauptgutachten I, S. 418; zum diesbezüglichen Vorschlag des Arbeitskreises Konzessionsabgabenrecht, vgl. auch VKU, Konzessionsabgaben, S. 107.

287) So bei Bönner, Fortentwicklung, S. 86, was nicht ganz einsichtig ist.

288) Evers, Wegekonzession, S. 194.

jeweils örtlichen EVU verschafft werden sollen, was auch die Masse der Tarifabnehmer berühren müsse, weil die Sicherheit der Versorgung in Frage gestellt sei.²⁸⁹⁾

Unabhängig von dem bereits angesprochenen Versuch, die Nachteile eines Durchleitungsrechts durch Vergesellschaftung des Leitungsrechts zu umgehen,²⁹⁰⁾ sei hier insbesondere auf die Kollision mit der kommunalen Versorgungskompetenz hingewiesen. Der entscheidende Einwand gegen ein legislatives Leitungsbenutzungsrecht geht dahin, daß den Gemeinden dadurch die energiepolitische Entscheidung über die Gebietsnutzung mindestens partiell genommen würde, da die Abgrenzung der Versorgungsgebiete wieder den EVU überlassen bliebe.

- c) Die Überprüfung des gesetzlichen Leitungsrechts auf seine materielle Verfassungsmäßigkeit ist - ebenso wie der Vorschlag einer staatlichen Konzessionsvergabe - am Maßstab des Art. 28 Abs. 2^{/GG} zu messen.

Obwohl verschiedentlich immer noch die Grundrechtsfähigkeit von Hoheitsträgern behauptet wird²⁹¹⁾ kann heute als gesichert gelten, daß die Kommunen verfassungsrechtlichen Schutz nur aus Art. 28 Abs. 2 GG in Anspruch nehmen können. Daher ist hier zunächst auf die Berührung der Einführung gesetzlicher Leitungsrechte mit der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie einzugehen.

289) Präsidium des deutschen Städtetags am 27.6.1979, in: Der Städtetag 1979, S. 542.

290) Gröner, Ordnung, S. 421.

291) Dazu exemplarisch Sterr-Püttner, Gemeindewirtschaft, S. 130 ff. m.w.N.; vgl. zur Gegenmeinung Fußnote 277 a).

Vorwegzunehmen ist, daß gesetzliche Durchleitungsrechte ohne kommunale Beteiligung sich nicht mehr im Rahmen des Gesetzesvorbehalts aus Art. 28 Abs. 2 GG hielten, weil die Kommunen durch den Entzug der Entscheidung über die Energieverteilung im Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie verletzt wären.²⁹²⁾ Ohne auf den unlösbaren und zum typusbestimmenden Kernbestand der Gemeindeaufgaben gehörenden Zusammenhang der Energieverteilung als Teil der Leistungsverwaltung mit der Erfüllung anderer kommunaler Aufgaben wie Ordnung, Sicherheit und Planung hier näher einzugehen, kann festgestellt werden, daß der Gesetzgeber den gegenständlichen Aufgabenbereich nur konkretisieren, aber nicht - wie im Falle gesetzlicher Durchleitungsrechte - völlig entziehen darf.²⁹³⁾

Im Falle von Durchleitungsrechten stünde der Gemeinde keinerlei Konzessionsvertragspartner mehr gegenüber, dessen Auswahl das Wesen der Verteilungskompetenz im Falle der Fremdversorgung ausmacht. Das kommunale Wohl spielt bei der Auswahl des Versorgungspartners - wie bereits dargelegt - eine entscheidende Rolle. Eine partielle Ausklammerung von Energielieferanten aus diesem langdauernden, komplexen, engen und kommunalpolitisch in vieler Hinsicht belangvollen Verhältnis erscheint unhaltbar. Die Beseitigung der Partnerwahl als wesentliches Element kommunaler Entfaltung und Disposition über die indirekte Ordnung des Gemeindelebens verstößt gegen Art. 28 Abs. 2 GG.²⁹⁴⁾

292) So auch VKU, Konzessionsabgaben, 117 ff., 118.

293) Zu den Grenzen des Gesetzgebers in diesem Bereich bereits Henrichs, DVBl. 1954, S. 735.

294) VKU, Konzessionsabgaben, S. 119; Stern, Verfassungsrechtliche Position, S. 43; Stern-Püttner, Gemeindevirtschaft, S. 162; Ballerstedt, BB 1958, S. 125 ff.; Nedden, Kreuzungsrecht, S. 121, 123.

- d) Subsidiär können noch weitere Verfassungsbestimmungen herangezogen werden. So kommt bei einem gesetzlichen Durchleitungsrecht - wohlgemerkt ohne vorgeschaltete kommunale Vergabeentscheidung - eine Verletzung der kommunalwirtschaftsrechtlichen Rechtsposition in Betracht, über die Nutzung gemeindeeigener Straßen zu entscheiden. Dem kann auch eine Anlehnung an die Theorie von der Straße als Mehrzweckinstitut bzw. die Gemeingebräuchlichkeit von Energieversorgungsleitungen nicht abhelfen, weil durch den Gesetzgeber auch die *legenda* aus bereits beschriebenen Gründen nicht eine Ausdehnung der Widmung zugelassen werden sollte.²⁹⁵⁾

Zweifel ergeben sich auch bezüglich Art. 3 GG, weil ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung von den mit Durchleitungsrechten belasteten Grundstücken mit unbelasteten Grundstücken allein in der Versorgung von Sonderabnehmern nicht erkannt werden kann. Schließlich ist noch die Verletzung der kommunalen Vertragsfreiheit zu besorgen, die auch den Gemeinden zusteht²⁹⁶⁾ und als Ausfluß der Erfüllung einer originären Selbstverwaltungsaufgabe mit Durchleitungsrechten auf unrechtmäßige Weise beschränkt werde.²⁹⁷⁾

295) Für die bestehende Rechtslage VKU, Konzessionsabgaben, S. 124 ff., 126.

296) Etwa Bachof, JZ 1966, S. 132.

297) VKU, Konzessionsabgaben, S. 130; zu den verfassungsrechtlichen Bedenken allgemein auch Büdenbender, Notwendigkeit, S. 739.

Aus den genannten Gründen ist auch der wohlgemeinte Versuch abzulehnen, in einem Stufenplan zunächst ein begrenztes Durchleitungsrecht und später eine allgemeine Durchleitungspflicht einzuführen.²⁹⁸⁾ Zur Erreichung des berechtigten Anliegens, direkte Konkurrenzverhältnisse zu schaffen, soll nach diesem Vorschlag zur Belieferung industrieller Sonderabnehmer ein Nebeneinander mehrerer EVU zugelassen werden.²⁹⁹⁾ Dabei wird eingeräumt, daß die Tarifabnehmerversorgung geschlossene Versorgungsgebiete verlangt. Nicht erklärt ist hierbei, inwieweit die Sonderabnehmereigenschaft allein ein sachliches Differenzierungsmerkmal ist.³⁰⁰⁾ Die zur Schaffung des Wettbewerbs auch in den Kerngebieten anempfohlene allgemeine Durchleitungspflicht wird schließlich im Zusammenhang mit weiteren Schritten (Änderung der Bemessungsgrundlage für Konzessionsabgaben, Ausschreibung, Erweiterung der Aufsicht) als Teil eines kommunalfeindlichen Konzepts erkennbar, was den Einfluß der Gemeinden bei der Vergabe von Versorgungsgebieten einzuschränken bestimmt und daher schon aus den behandelten verfassungsrechtlichen Gründen abzulehnen ist.

298) Bönner, Fortentwicklung, S. 98 ff., 115 ff.

299) Bönner, aaO, S. 109.

300) Bönner, aaO, S. 114 f.; er empfiehlt zur Eigenversorgung mehrerer Industriebetriebe aus einem Gemeinschaftskraftwerk zur Vermeidung von Doppelinvestitionen die gesetzliche Verpflichtung zur Bereitstellung freier Leitungskapazitäten an industrielle Verbraucher.

- e) Hingegen verspricht die Schaffung von gesetzlichen Wegbenutzungstiteln als Ausfluß der gemeindlichen Vergabeentscheidung auch dem Problem der Folgekostenfrage gerecht zu werden.

III. Die Lösung des Folgekostenproblems

1. Begriff und Interessenkonflikt in der gegenwärtigen Rechtslage

Bei der Folgekostenproblematik³⁰¹⁾ geht es im wesentlichen um die Frage, wer die Kosten der Anpassung und Änderung einer Versorgungsleitung zu tragen hat, die infolge der Verlegung und/oder des Ausbaus einer Straße entstanden sind. Behandelt werden sollen hier lediglich die - bisher vertraglich geregelten - Probleme bei Versorgungsleitungen, die im Straßenkörper liegen, nicht diejenigen Fälle, die durch das erstmalige Hinzukommen der Straße^{/entstanden} und nach Enteignungsgrundsätzen zu behandeln sind. Um Streitigkeiten aus diesem Bereich vorzubeugen, wurde in die Konzessionsverträge teilweise die - nach

301) Davon zu unterscheiden ist die in § 10 der Ausführungs-VO zur KAE definierte Folgepflicht, unter der die Duldungspflicht für Eingriffe in legal erworbene Nutzungspositionen zu verstehen ist, vgl. auch § 11 Abs. 1 des Musters eines Rahmenvertrags zur Regelung der Mitbenutzungsverhältnisse zwischen Bundesfernstraßen und Leitungen der öffentlichen Versorgung, vgl. Fußnote 306.

herrschender Meinung privatrechtliche - Pflicht zur Tragung der Folgekosten aufgenommen und regelmäßig den Versorgungsunternehmen überbürdet, was allerdings keinesfalls zu dauerhafter Befriedung geführt hat.

An dieser Stelle sollen - ohne auf die unübersehbare Fülle von Fallgestaltungen, Urteilen und Literaturmeinungen eingehen zu können - zum einen nur der Bereich im Zusammenhang mit Konzessionsverträgen behandelt werden, zum anderen unter Berücksichtigung der jüngsten höchstrichterlichen Urteile die Konsequenzen des neuen Straßenbenutzungskonzepts auf die Klärung der überständigen Folgekostenfrage erörtert werden.

2. Jüngste Rechtsprechung zum Veranlasserprinzip und Kritikansatz

- a) Trotz der vertraglichen Vereinbarungen kommt es zwischen den Beteiligten bei Aktualisierung der Folgekostenpflicht durch Straßenbaumaßnahmen zu schier unüberwindlichen Fiktionen, weil die EVU die globale Überbürdung der Zahlungspflicht³⁰²⁾ neben der Belastung durch Konzessionsabgaben als wirtschaftlich unzumutbaren, dem Verhältnis von Straße und Versorgungsleitung nicht mehr gerecht werdenden, enteignungsgleichen Eingriff ansehen. Zur Begründung wird häufig auf das in anderen Bereichen teilweise bereits legalisierte Veranlasserprinzip verwiesen, wonach derjenige Beteiligte die Kosten von Folgemaßnahmen zu tragen hat, der

302) Bisher hat die Straßenverwaltung nur selten die Änderungskosten übernommen bzw. sich sogar Kündigungsrechte aus Gesichtspunkten des öffentlichen Verkehrs mit kostenfreiem Beseitigungsanspruch vorbehalten, z.T. sogar mit der Befugnis, nach § 316 BGB die Entgelte selbst festzusetzen, Fischerhof, Folgekosten, S. 171 f.; vgl. auch Bartlsperger, Verwaltungsleistung, S. 25 zur ungerechtfertigten Erzwingung der Folgekosten durch die Wegeherren

die Änderung des status quo durch seine Verlegungsmaßnahme verursacht hat. Die Rechtsprechung war bisher der Anerkennung dieses Prinzips eher ablehnend gegenüberge-
standen,³⁰³⁾ während die Literatur wiederum wegen der Be-
nachteiligung der EVU die Rechtsprechung kritisiert.³⁰⁴⁾
Die rechtlichen Einwände konzentrieren sich dabei im wesent-
lichen auf folgende Gesichtspunkte: Das einseitige Aufzwin-
gen der Folgekostenpflicht verstoße nicht nur gegen den
Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs, sondern auch ge-
gen den der Vertragsfreiheit, die Grenzen der wirtschaftli-
chen Zumutbarkeit seien überschritten und die Priorität der
Straße gegenüber den Energieversorgungsleitungen sei sach-
lich wegen der umfassenden Bedeutung der Daseinsvorsorge
nicht mehr gerechtfertigt.³⁰⁵⁾

- b) Lösungsversuche zur Befriedung der streitträchtigen Kon-
stellation stellen die schrittweise erarbeiteten Muster-
gestattungsverträge,³⁰⁶⁾ Rahmenvereinbarungen und Richt-

-
- 303) OLG Frankfurt a. Main, Urt. v. 22.4.1965 = ET 1965, S. 352; BGH, Urt. v. 27.6.1962, ET 1962, 336, 339; BVerwG, Urt. v. 29.3.1968 = E 29, 248 ff.; BVerwG, BayVBl. 1969, 24; BGH, Urt. v. 24.1.1969, NJW 1969, 1066; Folgekostenregelungen grundsätzlich zu Lasten von Nutzungsberechtigten billigt BVerwGE 26, 302; 28, 139; zur Rechtsprechung im übrigen, die sogar unverhältnismäßige Kostenbelastungen an der Grenze zur Enteignung zuläßt, vgl. Bartlsperger, Verwaltungsleistung, S. 24 f.; ders., Werbenutzungsverträge, S. 32 f. sowie Kodal, Straßenrecht, S. 531 ff.
- 304) Braun, ET 1969, Heft 3/4; Hillermeier, DVBl. 1971, S. 488; Joachim, NJW 1968, 1413; Wagner, NJW 1967, 1345; Engert, NJW 1964, 1551; Nedden, Kreuzungsrecht, S. 2.
- 305) So resümierend Hillermeier, Rechtsbeziehungen, S. 149; zu weiteren Verteilungsprinzipien ausführlich Maunz, Kostenverteilung, S. 22 ff.; Joachim, NJW 1968, S. 1453 ff.; zur Frage, inwieweit der Eigentumsschutz die Einführung eines modifizierten Veranlasserprinzips nahelegt Bartlsperger, Verwaltungsleistung, S. 25 f.
- 306) Muster eines Straßenbenutzungsvertrages der öffentlichen Versorgung in Bundesfernstraßen, Bundesministerium für Verkehr, siehe VKBl. 1969, S. 27 ff.; das entsprechende Muster für Staatsstraßen mit einer Empfehlung für die kommunalen Straßenbaulastträger findet sich in MABl. 1969 S. 460 und 1970, S. 242; die Verträge haben wegen ihrer Unausgewogenheit in einzelnen Punkten keine weite Verbreitung gefunden, Büdenbender, Energierecht, RdNr. 505.

linien dar, ohne das Problem rechtsgrundsätzlich und dogmatisch konstruktiv zu klären. § 10 Abs. 2 dieses Muster-gestattungsvertrages sieht vom Grundsatz der Kostentragungspflicht der Energieversorgungsunternehmen lediglich Ausnahmen für die Fälle vor,

- daß bei einer kreuzenden Leitung durch Verlegung der Straße eine zusätzliche Kreuzung entsteht,
- daß die Änderung der Anlage ausschließlich durch den Neubau einer anderen Straße veranlaßt wird oder
- daß Anlagen des Energieversorgungsunternehmens, die außerhalb des jeweiligen bisherigen Straßengrundstücks liegen, wegen einer Verbreiterung der Straße geändert werden und die Änderung nicht nur Folge einer Niveauänderung der Straße innerhalb des bisherigen Straßengrundes ist.

Das Muster eines Rahmenvertrages zur Regelung der Mitbenutzungsverhältnisse zwischen Bundesfernstraßen und Leitungen der öffentlichen Versorgung³⁰⁷⁾ sieht in § 11 Abs. 2 bis 4 eine grundsätzlich hälftige Kostentragung für Kreuzungen sowie für Längsleitungen in Ortsdurchfahrten vor, während für die übrigen Fälle die Energieversorgungsunternehmen kostenpflichtig sind.

307) Am 9.12.1964 vom Bundesminister für Verkehr durch Weisung und durch Empfehlung der Verbände der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft in Kraft gesetzt; vgl. dazu VKBl. 1969, 27; 1970, 102; 1971, 429; 1975, 69; 1976, 486 und die Würdigung Schlossers in VKBl. 1980, erste Sonderbeilage, S. 6; dazu auch Büdenbender, Energierecht, RdNr. 506, zuletzt Studentkowski, RdE 1980, S. 114 ff. und 142 ff.

- c) Ohne weiteres einsichtig ist, daß für den vorliegenden Bereich nur eine öffentlichrechtliche gesetzliche Regelung dauerhaft befriedigende Lösungen bringen kann. Auch die jüngeren, noch zu behandelnden höchstrichterlichen Urteile lassen bereits eine Tendenz zur öffentlichrechtlichen Denkweise erkennen. Zum einen wird an unzähligen Streitfällen trotz rahmen- oder einzelvertraglicher Abmachungen erkennbar, daß privatautonome Absprachen offensichtlich nicht zu einer dauernden Einigung führen können. Zum anderen verlangt die rechtsdogmatisch vorgeschlagene Lösung eines gesetzlichen Straßenbenutzungstitels - anders als bei der Höhe der Konzessionsabgaben - konsequenterweise eine gesetzliche Regelung auch für die Folgen von Straßenänderungen.

In diesem Bereich zu diskutieren ist noch eine sogenannte Fondslösung, wonach die EVU - wohl ebenfalls gesetzlich - verpflichtet werden sollten, laufend Beiträge in eine Folgekostenkasse zu entrichten, aus der tatsächliche Änderungskosten zu begleichen wären.³⁰⁸⁾ Diese Lösung hielte aber zum einen an der bisherigen und heftig umstrittenen Vorrangbedeutung des Straßenverkehrs fest. Darüber hinaus ergäbe sich ein unangemessener Verwaltungs- und Aufsichtsaufwand, das Problem eines gerechten Berechnungsschlüssels würde nur neue Streitfragen provozieren, die Rechtsmittel gegen eine - erforderliche - Veranlagung wären zu klären und ein - schwerfälliges - Prüfungsverfahren für Deckung und Erstattung aus dem Fonds hinzunehmen bzw. zu besorgen. Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, daß dieses Modell mit der Tendenz zu Energiesteuern wie in Brasilien³⁰⁹⁾ oder

308) Dazu Fischerhof, Folgekosten, S. 167 f., 169 f. der an der prinzipiellen Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung festhält.

309) Dazu ET 1965, S. 439.

Preisausgleichskassen wie in Italien (vor der Nationalisierung der Energieversorgungswirtschaft)³¹⁰⁾ überwiegend Nachteile mit sich brächte.

- d) Schließlich seien hier noch die bisherigen Entwürfe einer gesetzlichen Regelung erwähnt, die nicht Gesetz geworden sind. So war nach § 8 b des Referentenentwurfs zum zweiten Fernstraßenänderungsgesetz 1972³¹¹⁾ geplant, die öffentlich-rechtlichen Folge- und Änderungskosten grundsätzlich beim Leitungsunternehmer zu belassen, die Kreuzungskosten jedoch zu halbieren. Dem Entwurf ist zugute zu halten, daß er erstmals - wenigstens für Längsleitungen und Kreuzungen außerhalb der Ortsdurchfahrten von Bundesstraßen - generell ein öffentlichrechtliches Verhältnis zwischen Straßenbaulastträger und Energieversorgungsunternehmen mit gesetzlich fixierter Folgekostenregelung vorsah. Die Zurückhaltung des Entwurfs bei der grundsätzlichen Auseinandersetzung mit dem Institut der privatrechtlichen Wegekonzession ist bereits ausführlich kritisiert worden.³¹²⁾

Auch der Entwurf zur Änderung des Bundesfernstraßengesetzes vom 19.11.1964³¹³⁾ hatte ein sorgfältig differenziertes Veranlasserprinzip vorgesehen.

- e) Keinerlei gesetzliche Anhaltspunkte für die Lösung des Problems ergeben sich aus § 17 Abs. 4 FStrG, wonach die Träger der Straßenbaulast sogar verpflichtet sind, Anlagen, die für das öffentliche Wohl oder zur Sicherung der Benutzung benachbarter Grundstücke erforderlich sind, zu errichten und zu unterhalten. Anlagen nach § 17 Abs. 4 FStrG sind jedenfalls

310) Dazu ET 1962, S. 25.

311) ET 1972, 121, 451; dazu auch Bartlsperger, DVBl. 1980, S. 252 f.

312) Bartlsperger, DVBl. 1980, S. 253.

313) BT-Drs. IV, 2751.

nur die zu den Straßenbestandteilen nach § 1 Abs. 4 FStrG zählenden, nicht auch Versorgungsleitungen, da sie mit dem Straßenverkehr unmittelbar nichts zu tun haben.³¹⁴⁾ Stichthaltiger wäre noch gewesen, auf die Anlagenzwecksetzung nach § 17 Abs. 4 Satz 1 FStrG gegen Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen abzustellen. Die Vorschrift ist daher auch nicht analog auf die Folgekostenproblematik anzuwenden und enthält keinesfalls eine allgemeine Anerkennung des Veranlasserprinzips. Inwieweit eine flexible gesetzliche Folgekostenregelung dieses Prinzip übernehmen kann, bleibt im folgenden zu erörtern.

3. Die Ausgestaltung einer den Kollisionsfällen gerechten Folgekostenregelung

Bei der inhaltlichen Ausformung einer gesetzlichen öffentlich-rechtlichen Folgekostenregelung sind das am Verhältnis von Straße und Versorgungsleitung aus heutiger Sicht noch neu zu bestimmende Veranlasserprinzip, die Abhängigkeit von der Leistung der Konzessionsabgaben, der ordnungspolitische Hintergrund des Kostenherkommens und die rechtstechnische Möglichkeit des Planfeststellungsverfahrens zu behandeln.

a) Veranlasserprinzip

Die Ablehnung des Veranlasserprinzips für den Bereich der Konzessionsverträge durch die bisherige Rechtsprechung ist maßgeblich von der Vorstellung bestimmt, daß das Verhältnis von Straße und Versorgungsleitung durch absoluten Vorrang des Verkehrs^{/gekennzeichnet} ist und die Kosten für die Verlegung von Energieversorgungsanlagen dem an der Straße nur teilhabenden Nutzungsberechtigten auferlegt werden könnten. Ob diese Wertung der Zweckbestimmung öffentlicher

314) BayVGh, Urt. v. 21.12.1964, VGh n.F. Bd. 17, S. 141
= BayVB1. 1965, S. 136.

Straßen angesichts der ebenfalls öffentlichen Interessen dienenden Energieversorgungsanlagen in diesem Umfang aufrechterhalten werden kann, bleibt zu untersuchen.

Der absolute Vorrang der Straße und die Folgekostenpflicht des Leitungsunternehmers als "Nutznießer" ist für die Konstruktion des TWG selbstverständlich gewesen (§ 3 TWG). Die pauschale Gleichstellung von Straße und Fernmeldeleitung wurde insbesondere mit dem Argument abgelehnt, die öffentliche Straße sei Voraussetzung eines Wegerechts³¹⁵⁾ und die Post erhalte nur den Realakt der Benutzung. Diese Auffassung kann heute nicht mehr unwidersprochen bleiben. Tragend ist dabei der Gesichtspunkt, daß die Gemeinde die Gebietsvergabe mit der - nach dem vorgeschlagenen System zwingenden - Folge gesetzlicher Wegebenutzungsrechte auch im eigenen öffentlichen Interesse durchführt. Die Gemeinde wird damit der Erfüllung ihrer Versorgungsaufgabe gerecht. Daher müssen die Belange des Straßenverkehrs bei der Durchführung der Energieverteilung auch nicht den gleichen uneingeschränkten Vorrang vor Belangen der öffentlichen Versorgung wie bei schlichten Gestattungsverträgen verdienen.³¹⁶⁾ Der Umstand der Straße als Verwaltungsmittel zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben unter Beteiligung verschiedener Rechtsträger legt eine Kostenquotelung im Folgekostenbereich nahe. Die Frage des Maßstabs bliebe noch zu erörtern.

Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Veranlasserprinzips läßt sich - ohne eine nötige Differenzierung zwischen Längsverlegungen und Kreuzungen außer acht zu lassen - bereits aus der im TWG zum Ausdruck gekommenen Regelung für das Verhältnis der Versorgungsleitungen zu den Tele-

315) So Kempfer, Fernmeldeleitungsrecht, S. 205.

316) Krömer, Probleme, S. 111.

graphenlinien ableiten. In den §§ 5 und 6 TWG wird durch den Prioritätsgedanken das öffentliche Interesse und die volkswirtschaftliche Bedeutung der Leitungswege bereits zur Jahrhundertwende anerkannt. Angesichts der um ein Vielfaches gewachsenen Versorgungsbedeutung der Leitungswege könnte heute nur ein Gleiches auch im Verhältnis zu öffentlichen Straßen gelten.

Auch der Paritätsgedanke nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 ROG wird zur Rechtfertigung des Veranlasserprinzips herangezogen,³¹⁷⁾ wenngleich die parallel angesprochenen Bereiche Verkehr und Versorgung noch nicht eindeutig auf eine Gleichberechtigung von Straße und Energieversorgungsleitungen schließen lassen. Ebenso dürftig ist der Hinweis auf die schon bei Kreuzungen von Straßen untereinander geltende Paritätsregelung, bei denen kein qualitativer Unterschied erkennbar ist; wirkungslos blieb daher die Verlautbarung des Bundesverkehrsministers, "ähnliche Grundsätze" für Versorgungsleitungen in Zukunft anwenden zu wollen.³¹⁸⁾ Eindeutig hingegen ist der Hinweis auf die bei Kreuzungen von Energieversorgungsleitungen und Autobahnen bestehende Regelung des § 5 der Kreuzungsrichtlinien,³¹⁹⁾ die eine für das Verhältnis von Straßen und Energieversorgungsanlagen verallgemeinerungsfähige Regelung enthalten.

317) Fischerhof, Folgekosten, S. 167.

318) Bullentin vom 13.7.1959.

319) Richtlinien über die Kreuzung von Reichsautobahnen mit Energieversorgungsanlagen vom 30.9.1938 abgedruckt bei Eiser-Riederer-Obernolte-Danner V, S. 42 e.

Danach gilt für autobahnbedingte Veränderungen dem Grundsatz nach zwar, daß die EVU auf ihre Kosten Anlageänderungen auszuführen haben (§ 5 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinien). Allerdings ersetzt die Autobahnverwaltung bei einer innerhalb der ersten zehn Jahre nach der Gestattung der Kreuzung erforderlichen Änderung dem EVU die Kosten dieser Änderung (§ 5 Abs. 2 Satz 2 erster Halbsatz der Richtlinien).

- b) Entscheidend zur Lösung der Frage beitragen können finanzpolitische Erwägungen über die Herkunft der Mittel für die jeweilige Aufgabenerfüllung. Den straßenbaulastpflichtigen Gemeinden fließen zweckgebundene öffentliche Mittel an der Mineralöl- und Kraftfahrzeugsteuer zu, d.h. von den Nutzern und Interessenten des Straßenbaus zum Verkehr. Die Versorgungswirtschaft hingegen kann straßenseitig verursachte Folgekosten nur über Preiserhöhungen zu Lasten der - am Straßenbau nicht unmittelbar interessierten - Verbraucher finanzieren.

Daraus wird ersichtlich, daß die Energieverbraucher nicht daran interessiert sein können, über die Elektrizitätspreise, die letztlich dem Straßenbaulastträger zuzurechnen sind und mit der Stromproduktion keinesfalls zusammenhängenden, Kosten mitzufinanzieren.

Dieser für die gesetzliche Einführung des Veranlasserprinzips sprechenden Argumentation läßt sich lediglich entgegenhalten daß Kraftfahrer bzw. sonstige gemeingebräuchliche Straßennutzer und die Straßenbaulastträger zu den Kosten für die Verlegung von Leitungen der Energieversorgungsunternehmen herangezogen würden, was der Zweckbindung der Mineralölsteuer und dem Prinzip der Eigenwirtschaftlichkeit der Verkehrswege widerspräche.³²⁰⁾

Die Problematik läuft auf die Frage hinaus, ob die Leitungen "Störer" im untechnischen Sinne sind oder gleichberechtigt mit der Straße der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen. Mit dem Verständnis der modernen Daseinsvorsorge unter Betrachtung der Straße als polyfunktionales sächliches Verwaltungsmittel ist es unvereinbar, wenn die Leitung nur als von der Straße geduldeter Fremdkörper gesehen wird. Daher können straßenseitig veranlaßte Änderungen auch nicht den Energieversorgungsunternehmen angelastet werden.

- c) Keinen Einfluß auf die Folgekostenproblematik darf unter rechtslogischen Gesichtspunkten die Zahlung der Konzessionsabgaben haben. Diese Abgaben werden - wie bereits beschrieben - für die Gewährung des ausschließlichen Versorgungsrechtes gezahlt, nicht für die Benutzung gemeindlicher Straßen und Wege. Es besteht also mit der Frage der Kostentragung für Änderungsmaßnahmen keinerlei sachlicher Zusammenhang,³²¹⁾ insbesondere kann in der Zahlung von Konzessionsabgaben kein Verzicht oder Äquivalent der Kommunen auf eine Folgekostenregelung gesehen werden. Dies gilt insbesondere deshalb, weil es sich dabei um eine Art Risikoprämie handeln

320) Zu diesem Komplex ausführlich Fischerhof, Folgekosten, S. 168 f.

321) Tendenziell anderer Ansicht wohl Fischerhof, Folgekosten S. 173.

würde, da Notwendigkeit und Umfang von Straßenänderungen unbestimmte, in der Zukunft liegende, allerdings im Ermessen der Straßenverwaltung stehende Ereignisse sind. Es ist evident, daß der Einfluß auf die Bestimmung der Höhe der Konzessionsabgaben auf erhebliche Unsicherheiten und Unzufriedenheiten insbesondere dann stoßen würde, wenn keinerlei Straßenbaumaßnahmen durchgeführt werden müssen. Die Zahlung von Konzessionsabgaben wird aber auch umgekehrt bei gesetzlich geregelter Folgekostenpflicht keineswegs überflüssig.³²²⁾

Aus diesen Gründen kann auch das Urt. des BGH vom 23.11.1979³²³⁾ nicht unwidersprochen bleiben. In dem entschiedenen Fall ging es um die Pflicht zur Tragung von Folgekosten bei fehlender ausdrücklicher Regelung in den Konzessionsverträgen. Der BGH neigt dabei dazu, ohne durch die Fallgestaltung zu einer abschließenden Entscheidung gezwungen zu sein, aus der Zahlung von Konzessionsabgaben Folgerungen im Sinne der möglichen Anwendung des Veranlasserprinzips zu ziehen.

Dem folgte der VGH BW mit Urt. vom 4. Januar 1980.³²⁴⁾ Beide Gerichte gehen dabei von der für die Neukonzeption nicht mehr haltbaren Auffassung aus, daß Konzessionsabgaben das Entgelt für die Überlassung der Grundstücksbenutzung darstellen. Diese rein eigentumsorientierte Betrachtung kann für die gesetzliche Verankerung des Veranlasserprinzips nicht herangezogen werden.

- d) Die flexible, differenzierte, für die mannigfachen Änderungsfälle anwendbare Folgekostenregelung hätte demnach etwa folgendermaßen auszusehen. Nach der gesetzlichen Statuierung

322) Ohne eingehende Begründung hält Marschall das Folgekostenproblem innerhalb einer öffentlichrechtlichen Lösung für untergeordnet, weil man sie im Rahmen der Konzessionsabgaben berücksichtigen könne, Marschall, Benutzung, S. 14; ähnlich auch Beck, Konzessionierung, S. 11 f.

323) RdE 1980, S. 152 ff., 154.

324) Besprochen von Antoni u.a., EltW 1980, S. 5 ff., 14.

der Folgepflicht sollte für kreuzende Leitungen eine hälftige Kostentragungspflicht zwischen Straßenverwaltung und EVU normiert werden, da die wechselseitige Beeinträchtigung äquivalent ist und kein Grund besteht, an der Gleichwertigkeit von Straße und Versorgungsleitung bei Kreuzungen zu zweifeln,³²⁵⁾ oder das Planungsrisiko unterschiedlich zu verteilen.³²⁶⁾ Außerdem entspricht diese Regelung den Kreuzungsnormen im Eisenbahnkreuzungsgesetz und bei der Kreuzung von Straßen untereinander. Daraus generell und für alle Fälle der Berührung von Straßen und Energieversorgungsleitungen eine Kostenhalbierung ableiten zu wollen, erscheint allerdings unzulässig.³²⁷⁾

Für längsverlegte Leitungen ist trotz der Inanspruchnahme des Straßenkörpers als Trassenträger angesichts der prinzipiellen Gleichwertigkeit von Straße und Versorgungsleitung kein Grund mehr ersichtlich, das Veranlasserprinzip gesetzlich unberücksichtigt zu lassen. Allerdings bedarf das im Interesse klarer Berechenbarkeit einzuführende Prinzip angesichts der beiderseits vorhandenen Nutzungsberechtigung an den Anlagen der Modifikation durch die Verpflichtung zur einzelfallmäßigen Rücksichtnahme³²⁸⁾ auf die berechtigten Interessen des Verursachers. Die Kriterien und das Verfahren für die Beachtung dieses Prinzips müßten - etwa im Rahmen einer eigenen Arbeit - grundlegend durchdacht werden. Auch an einen Vorteilsausgleich bei dem durch die Verlegung möglicherweise Begünstigten ist zu denken.

Eine zeitliche Staffelung von Kostenteilung und Veranlasserprinzip - wonach in den ersten zehn Jahren nach der Genehmi-

325) Zum Rangverhältnis zwischen Straße und Versorgungsleitung auch Strätz, Folgekosten, S. 9.

326) Erwähnenswert bleibt die Gesetzesinitiative vom 19.11.1964 BT-Drs. IV/2751, wonach in den ersten zehn Jahren nach Herstellung einer Kreuzung das Veranlasserprinzip, anschließend die geteilte Kostenlast gelten sollten, vgl. § 8 a Abs. 3 Nr. 2 des Entwurfs.

327) In diesem Sinne auch Joachim, NJW 1968, S. 1458.

328) Zur Erforderlichkeit der Interessenabwägung im Einzelfall bereits Strätz, Folgekosten, S. 13.

gung einer Kreuzung das Veranlasserprinzip, anschließend hälftige Kostentragung gelten sollten - erscheint hingegen unsachlich und willkürlich, ^{da} sich Risiko und Zurechnung der Kostenfolge nicht nach genauen Zeitpunkten und Zeiträumen orientieren bzw. bemessen lassen.

Als vager Ansatzpunkt für die zukünftige hoheitliche Regelung der Folgekosten wurde ein gesetzlich begründetes Planfeststellungsverfahren für Versorgungsleitungen genannt.³²⁹⁾ Die zweifelhafte Eignung dieses Instituts für die Gebietsvergabe wurde bereits dargestellt. Einer generellen Regelung durch Gesetz wurde entgegengehalten, eine herrschende Meinung habe sich zu dem Problem noch ^{nicht} gebildet,³³⁰⁾ weil die Eigenart der Verhältnisse bei den einzelnen Straßenarten zu verschieden sei. Damit scheute man sich aber m.E. lediglich, die unbefriedigende Situation dogmatisch auf grundsätzliche Weise anzugehen.

Unerquickliche Folge der bisher fehlenden Institutionalisierung des - modifizierten - Veranlasserprinzips war der Versuch der Versorgungswirtschaft, im Planfeststellungsbeschluß, im Verlangen auf Verlegung der Leitung ^{oder} im freihändigen Erwerb des durch die Leitung benutzten Grundstücks eine Enteignung zu sehen, die eine Verpflichtung der Straßenbaulastträger zur Übernahme der Folgekosten nach sich zöge.³³¹⁾

Die in diesem Bereich maßgeblichen Urteile des BGH vom 4.11.1979³³²⁾ und vom 28.2.1980³³³⁾ konnten an der systemimmanenten Schwäche der Folgekostenfrage nichts ändern. Der BGH sah bei fehlender vertraglicher Regelung die Verdrängung

329) Börner, Wegerecht, Aussprache, S. 36.

330) Börner, aaO.

331) Dazu Schlosser, BayVBl. 1982, 545 ff., 545; Hoppe, Eingriffe, Gutachten; ders., DVBl. 80, 260; DVBl. 1981, 308; Börner, Wegerecht, Aussprache, S. 36 f.

332) III ZR 28/78 in: DVBl. 1980, 283 = RdE 1980, S. 40.

333) III ZR 131/78 in: DVBl. 1981, 381 = RdE 1980, S. 148.

einer Versorgungsleitung als Enteignung an,³³⁴⁾ lehnte eine solche aber ab, wenn die Verlegung einer Leitung auf Kosten des Versorgungsunternehmens sich lediglich als Folge eines vertraglich vereinbarten Änderungsrechts darstellt.³³⁵⁾ Der Kern der höchstrichterlichen Rechtsprechung läßt sich also so beschreiben, daß Nutzungsrechte des EVU an Grundstücken diesen nur dann zu einer (partiellen) Freistellung von den Folgekosten verhelfen, wenn eine entsprechende Rechtsposition gegenüber dem bisherigen Grundstückseigentümer bereits bestand.³³⁶⁾

Über die bereits vorgetragenen Bedenken gegen die rein zivilrechtliche Betrachtungsweise des BGH³³⁷⁾ hinaus bleibt daher festzustellen, daß in der gesetzlichen Verankerung des Veranlasserprinzips selbst keine Enteignung der Energieversorgungsunternehmen erblickt werden könnte.

Durch die Institutionalisierung dieses Prinzips würde vielmehr die Rechtsposition der EVU verbessert und interessenorientiert nach funktionalen Zurechnungsgesichtspunkten neu geordnet. Auch wäre damit die Möglichkeit eröffnet, der nach bisherigem System zu befürchtenden Prozeßlawine³³⁸⁾ auf effektive Weise zu begegnen. Der bis jetzt nicht befriedigend zu lösende Konflikt zwischen EVU und Straßenbaubehörden ließ sich endlich zur Zufriedenheit der Beteiligten lösen.

Allerdings sind auch bei Einführung der gesetzlichen Folgekostenregelung Enteignungsfragen beim Vorgehen der EVU gegen die öffentliche Hand zu besorgen. Es geht dabei für den vorliegenden Zusammenhang insbesondere um die Frage der Erforderlichkeit der Enteignung sowie ^{um} die Abhängigkeit von Demarkationsabreden. Innerhalb einer öffentlichrecht-

334) DVBl. 1980, 283.

335) DVBl. 1980, 284; DVBl. 1981, 382.

336) Schlosser, BayVB1. 1982, 551.

337) Hoppe, DVBl. 1981, S. 308 ff., 311 ff.

338) Hoppe, DVBl. 1981, 308 ff., 314.

lichen Wegebenutzungsordnung kann dieses System allerdings nicht bestehen bleiben.

F. Enteignungsfragen

=====

I. Nach dem noch gültigen Wegebenutzungsssystem besteht auch gegenüber den wegebaulastpflichtigen und konzessionierenden Gemeinden die generelle Möglichkeit der Enteignung für Zwecke der öffentlichen Energieversorgung³³⁹⁾ bei der Kreuzung von Versorgungsleitungen und öffentlichem Straßengrund. Das Verfahren ist zweistufig ausgestaltet, wonach in der ersten Stufe durch die Energieaufsichtsbehörde die Zulässigkeit der Enteignung unter energierechtlichen Gesichtspunkten festgestellt wird (§ 11 Abs. 1 EnWG), in der zweiten Stufe die Enteignung selbst durch die nach Landesrecht zuständige Enteignungsbehörde ausgesprochen wird (§ 11 Abs. 2 EnWG i.V.m. den landesrechtlichen enteignungsrechtlichen Vorschriften). Bei der Frage der Zulässigkeit der Enteignung und in deren Rahmen bei der Erforderlichkeit der Enteignung sind nach gegenwärtiger Rechtslage bestehende Gebietsabgrenzungsabkommen zwischen den EVU zu beachten.³⁴⁰⁾ Dies bedeutet, daß im Falle der Möglichkeit günstigerer Versorgung durch ein zweites Unternehmen mit weniger einschneidender Grundstücksinanspruchnahme die Erforderlichkeit der Enteignung zugunsten des ersten EVU nicht entfällt, wenn die Versorgung durch das zweite EVU gegen bestehende Gebietsabsprachen verstieße. Bereits de lege lata kann diesem Ergebnis der Vorwurf des Verstoßes gegen die nach

339) Ludwig-Cordt-Stech, Elektrizitätswirtschaft, II. Teil, EnWG, § 11, Anm. 1; auch das BVerwG steht der Möglichkeit der Enteignung bejahend gegenüber, weil die Nutzungsmöglichkeiten für öffentliche Straßen und Wege der freien Überkunft offenstünden. Auch der fehlende Hinweis im FStrG läßt beim BVerwG keine Zweifel an der Enteignungsmöglichkeit aufkommen, BVerwGE 29, 248 ff.; s.a. Hillermeier, Rechtsbeziehungen, S. 147; zur Enteignung in Bayern speziell Keller, Enteignung, S. 40, S. 125.

340) So insbesondere BayVGh, Urt. v. 13.3.1975, BayVbl. 1976, S. 18 f., S. 18; die konkreten Voraussetzungen für die Enteignung sind im übrigen heftig umstritten, vgl. insbesondere Schack, NJW 1963, 1905 ff. und DVbl. 1965, 588 ff. sowie Joachim, NJW 1968, 1453 ff.

den landesrechtlichen Gesetzen (z.B. Art. 1 Abs. 1 BayEG) erforderliche Gemeinwohldienlichkeit der Enteignung nicht erspart bleiben. Privatvertragliche Gebietsabsprachen können nicht zur letztlich die Allgemeinheit belastenderen Alternativeder stärker eingreifenden Enteignung herangezogen werden. Einmal mehr zeigen sich die systemimmanenten, durch das Privatvertragssystem ausgelösten Widersprüche des noch gültigen Gebietsversorgungskonzepts.

(vgl. etwa Art. 3 BayEG)

- II. Die Erforderlichkeit der Enteignung/wird bereits für die gegenwärtige Rechtslage dann verneint, wenn das EVU die Benutzung des Grundstücks auf andere, weniger belastende Weise erreichen kann, insbesondere wenn die öffentliche Hand einen schuldrechtlichen Gestattungsvertrag anbietet, der im Ergebnis für das EVU gleichwertig und zumutbar ist.³⁴¹⁾

Erst recht fehlt es an der Erforderlichkeit der Enteignung nach einer Realisierung des modifizierten TWG-Modells für die Straßenbenutzungsordnung im Bereich der Energieversorgungsleitungen. Die Verlegung von Leitungen unmittelbar nach Gesetz stellt keine Enteignung gegenüber den Gemeinden dar, da bereits eine öffentlichrechtliche gesetzliche Eigentumsbeschränkung des gesamten einschlägigen Wegeeigentumsbestandes vorliegt.³⁴²⁾ Gleiches muß für die hier vorgeschlagene Benutzungsordnung gelten, in der das Angebot eines schuldrechtlichen Gestattungsvertrages abschließend durch den Konzessionsvertrag i.V.m. einem gesetzlichen Wegerecht ersetzt wird.

Die gesetzliche Regelung des Grundstücksbenutzungstitels macht eine Enteignung ^{/sogar} überflüssig. Wer durch einen Konzessionsvertrag als Versorgungsträger bestimmt ist, bedarf der Enteignung nicht, da ihm ein gesetzliches Wegerecht zusteht. Wer nicht versorgungsberechtigt ist, kann vernünftigerweise auch keine Enteignungsmöglichkeit mehr haben dürfen.

341) Statt vieler dazu Ludwig-Cordt-Stech, Elektrizitätswirtschaft, II. Teil, EnWG § 11, Anm. 2.

342) In diesem Sinne auch Germershausen-Seydel, Wegerecht, S. 144. Die Eigentumsbeschränkung erfolgt durch die Widmung, nicht durch das sich daran anschließende Wegerecht.

Die Rechtslage gegenüber Privaten bleibt hiervon unberührt. Das auch in diesem Fall bestehende gesetzliche Wegerecht für die EVU sollte nach der Neuregelung gegenüber Privaten die Pflicht zur Zahlung einer öffentlichrechtlichen Aufopferungsschädigung bei der Inanspruchnahme des Nutzungsrechts auslösen.³⁴³⁾

G. Zusammenfassung =====

Die Neuordnung der Gebietsregelung der öffentlichen Energieversorgung berührt mehrere Problemkreise.

Ausgehend von der neu zu betonenden kommunalen Energieverteilungskompetenz auf örtlicher Ebene als Ausfluß der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden und der Feststellung des materiellen Verwaltungscharakters dieser Entscheidung sowie der verfassungsrechtlichen Bindungen der öffentlichen Hand bei der Reglementierung der Energieverteilung im kommunalen Raum sind die rechtskonstruktiven Möglichkeiten der Einflußnahme ins Auge zu fassen.

Weder die Beleihung noch die wirtschaftsrechtliche staatliche Konzession werden den intendierten Steuerungsfunktionen kommunaler Gebietsregelung gerecht.

Auch die Verstärkung fachaufsichtlicher Befugnisse oder eine lediglich kommunale Mitwirkung an staatlicher Aufsicht können gemeindlichen Lenkungsbedürfnissen nicht gerecht werden.

Entscheidender Schritt zu einer praktikablen und dogmatisch haltbaren Einflußnahme der Gebietskörperschaften auf die Versorgungsgebiete ist die Beseitigung des sachlich nicht mehr zu rechtfertigenden Privatrechtsvorbehalts für die Konzessionsverträge und die Überführung des Rechtskomplexes ins öffentliche Recht.

343) Eiser-Riederer-Oberholte-Danner I, § 11 EnWG Anm. 3 a aa), Fußnote 3 unter Hinweis auf BGHZ 60, S. 119; zum Gesamtkomplex vgl. auch Fleischauer, Enteignung.

Rechtlich klar und eindeutig hat dann die Trennung von Versorgungsrechtsübertragung und Wegerechtsbestellung zu erfolgen. Die chancen-sichernden Grundrechtsbestimmungen verpflichten bei der Versorgungsgebietsvergabe nicht zur Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens.

Die Vertragsform für die Übertragung des Versorgungsrechts kann aufrechterhalten bleiben. Infolge der Vorrangstellung der konzessionsvertraglichen Entscheidung kann auch der Vorschlag eines Genehmigungsvorbehalts für Demarkationsverträge unberücksichtigt bleiben. Eine Vergabeentscheidung als tatbestandsmäßige Voraussetzung für die Gebietsnachfolge löst auch die Probleme der Interimsversorgung.

Im Straßenrecht liegt der wesentliche Schritt in der Beseitigung des Privatrechtsvorbehalts für nicht gemeingebrauchsbeeinträchtigende Sondernutzungen. Die gesetzlichen Benutzungstitel haben auf flexible Weise den vielfältigen Nutzungsvorgängen gerecht zu werden.

Die Konzessionsabgaben werden keinesfalls entbehrlich, eine gesetzliche Normierung ihrer Höhe scheint allerdings nicht zwingend geboten. Der Rechtsnatur nach stellen sich die Konzessionsabgaben nach dem vorgeschlagenen Konzept als öffentlich-rechtliche, gesetzliche Entgelte in Konsequenz der Übertragung der Versorgungsaufgabe dar.

Der Vorschlag gesetzlicher Durchleitungsrechte wird wegen Kollision mit der kommunalen Versorgungskompetenz (Art. 28 Abs. 2 GG) nicht für realisierbar gehalten.

Für den Folgekostenbereich ist das - modifizierte - Veranlasserprinzip zu legalisieren.

Die Enteignung gegenüber Kommunen wird durch die Konzessionsentscheidung in Verbindung mit dem gesetzlichen Wegerechtstitel entbehrlich.

L e b e n s l a u f

Name:	<u>Werner</u> Erwin P ö h l m a n n
geb.	3.4.1954 in München als Sohn des Braudirektors Dr. Rudolf Pöhlmann und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Knörl
Sept. 1960 - Juli 1964	Volksschule Grimmstr. in Nürnberg
Sept. 1964 - Dez. 1969	Melanchthon-Gymnasium Nürnberg
Dez. 1969 - Mai 1973	Adam-Kraft-Gymnasium Schwabach (Humanistisches Gymnasium)
Mai 1973	Abitur
WS 1973/74 - WS 1977/78	Studium der Rechtswissenschaft an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg; Stipendiat nach dem Bayerischen Begabtenförderungsgesetz
18.7.1978	Erste Juristische Staatsprüfung
Sept. 1978 - Dez. 1980	Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Nürnberg
Jan. 1981 - April 1981	Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Professor Dr. Richard Bartlsperger
23.4.1981	Zweite Juristische Staatsprüfung
1.5.1981 - 15.9.1983	Akademischer Rat am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Professor Dr. Richard Bartlsperger (Assistent im Beamtenverhältnis) Währenddessen u.a. Lehrbeauftragter der Bayerischen Verwaltungsschule, Ortslehrgang Erlangen für das Fach Staatsrecht
seit 16.9.1983	Rechtsanwalt in Schwabach
seit 1.5.1984	Rechtsanwalt in Nürnberg

COPY-SHOP
Pfarrstraße 9
8520 Erlangen Tel. 28525